THÈSE DE
CAEN.
1888
N°. 7.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DE LA COMPENSATION

EN

DROIT ROMAIN & DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Jeudi 8 Novembre 1888, à 3 heures du soir

PAR

Georges VIDAL

AVOCAT

CAEN

Typographie-Lithographie E. VALIN

5, rue au Canu, 5

1888

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DE LA COMPENSATION

EN

DROIT ROMAIN & DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Jeudi 8 Novembre 1888, à 3 heures du soir

PAR

Georges VIDAL

AVOCAT

CAEN

Typographie-Lithographie E. VALIN

5, rue au Canu, 5

1888

JURY D'EXAMEN :

MM. GUILLOUARD, *Professeur*, PRÉSIDENT.

JOUEN, *Id.*

LEBRET, *Id.*

FOURNIER, *Agrégé.*

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0017

DROIT ROMAIN

DE LA COMPENSATION

DÉFINITION & GÉNÉRALITÉS

La Loi 1 au Digeste *de Compensationibus*, loi tirée de Modestin, définit ainsi la compensation : *Debiti et crediti inter se contributio.* Ainsi une personne est tout à la fois créancière et débitrice d'une autre personne : si la créance et la dette sont égales, elles se détruiront ; sinon, le créancier dont la créance sera la plus forte, restera créancier de l'excédent de sa créance sur la créance de son débiteur.

Mais cette définition est incomplète ; le jurisconsulte oublie en effet cette condition essentielle, que la même personne doit être créancière et débitrice de l'autre. La *contributio* a lieu entre deux obligations dont deux personnes sont tenues l'une envers l'autre.

La Loi 3 du même titre nous explique la raison d'être de la compensation : *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostrâ potius non solvere, quam solutum repetere.*

La compensation dérive donc essentiellement de l'équité ; de plus elle est une sauvegarde pour l'intérêt public, en rendant inutile l'action en justice qu'à défaut de paiement, chaque créancier serait obligé d'intenter. Cependant cette exigence de l'équité n'avait pas été comprise pendant un long période du droit romain : les solennités symboliques des actions de la loi et les formalités sévères du système formulaire, en interdisant au juge de tenir compte des dettes dont le créancier demandeur pouvait être grevé envers son adversaire, rendaient toute compensation impossible. Ce n'est qu'à la longue, et par un moyen de procédure, l'insertion dans la formule de l'exception de dol qu'un rescrit de Marc-Aurèle autorisa, que la compensation entra complétement dans le droit romain. Mais elle ne fut jamais que judiciaire, et ne compta jamais au nombre des modes d'extinction des obligations.

La compensation peut se concevoir de plusieurs manières différentes.

Ou bien elle résulte de la seule volonté des parties. Dans ce cas, elle est dite conventionnelle ; et, comme telle, elle est réglée par les principes généraux qui régissent les obligations.

Ou bien le législateur intervient soit par lui-même, soit par l'intermédiaire du juge. — Les parties ne peuvent pas ou ne veulent pas s'entendre : si l'une d'elles poursuit l'autre, cette dernière sera-t-elle forcée de payer, sauf à réclamer à son tour le paiement de sa propre créance ? Mais alors, non seulement elle s'expose à un retard et aux chances

d'un second procès, mais elle peut avoir à redouter l'insolvabilité du débiteur, survenue après le premier procès. L'équité exigeait l'intervention du législateur.

Ou bien celui-ci décide que le juge aura mission de statuer sur la compensation et de l'ordonner, et alors la compensation est dite judiciaire.

Ou bien il déclare que cette compensation sera accomplie dès que deux personnes se trouveront créancières et débitrices l'une de l'autre, et alors elle est légale, elle s'opère par le fait seul de la loi.

Enfin, l'obstacle à la compensation peut exister de la part d'une seule des parties, et cette dernière est libre d'y renoncer, s'il lui convient : c'est ce qu'on appelle la compensation facultative.

Que la compensation soit légale ou judiciaire, on doit toujours se présenter devant le juge : au premier cas pour la faire reconnaître, s'il y a contestation ; au second cas pour la faire prononcer.

La compensation tire son nom de l'antique habitude de peser l'argent. Les deux parties pèsent ensemble l'argent qu'elles se doivent mutuellement, et mettent leur somme respective dans la même balance, de manière que la prestation soit égale des deux parts, et que chacune paie autant qu'on lui fournit.

Dans un premier chapitre, nous étudierons la nature et l'histoire de la compensation, et nous suivrons ses diverses transformations sous les trois systèmes de procédure qui se sont succédé à Rome. Les conditions, effets et exceptions feront l'objet du deuxième chapitre.

CHAPITRE Ier

§ 1er. — Actions de la loi

Ces actions impliquent prononciation de paroles solennelles, et leur caractère général est de contenir une affirmation ou une négation, portant sur le droit ou sur le fait de la personne qui les prononce.

Pendant longtemps, la rédaction des formules appartint aux pontifes, et les patriciens seuls les connurent, jusqu'au moment où un Cneius Flavius les divulgua aux plébéiens. En somme, c'étaient des solennités de paroles qui formaient le trait le plus essentiel de cette procédure.

Avant de nous demander si la compensation fut pratiquée dès cette époque, il faut tout d'abord laisser de côté deux actions : la *pignoris capio* et la *manûs injectio*, qui ne furent que des voies d'exécution des jugements.

La nature même de l'action *sacramenti* et de la *condictio* s'opposait à l'idée de compensation. Le « sacramentum » était une peine pécuniaire que le perdant devait payer au Trésor. Le pouvoir du juge se bornait à déclarer le *sacramentum justum* ou non, sans moyen terme. Dans la *condictio*, le *sacramentum* n'existait plus, les longueurs qui précèdent la demande du juge étaient supprimées ; mais le pouvoir du juge n'en était pas moins restreint. Cette action embrassait toutes les obligations certaines ; mais

il ne laisse pas de subsister quelque obscurité sur son caractère.

Il n'en est pas de même de la *judicis postulatio.* Cette action, selon toute vraisemblance, comprenait en germe les actions que, sous la procédure formulaire, on appela *bonæ fidei actiones.* Elles furent soustraites au sacramentum parce que les faits juridiques d'où elles naissaient, engendraient des obligations réciproques ; et il y a tout lieu de croire que, le juge ayant non seulement le droit, mais encore le devoir de faire entrer en compte les créances que le défendeur pouvait avoir contre le demandeur, la compensation a dû être admise par respect de la bonne foi, de l'équité.

Mais il est une limite que le juge ne put dépasser : la créance opposée par le défendeur devait provenir de la même cause que celle du demandeur, *ex eâdem causâ.* De plus, comme la partie qui triomphait obtenait l'objet même du litige, il est probable que la compensation ne fut admise qu'autant que les choses que les parties se devaient étaient de même nature.

§ 2. — Système formulaire

La loi *Ælutia* et les deux *leges Juliæ,* sous Auguste, consacrèrent l'avènement du système formulaire, en abolissant à jamais les actions de la loi, devenues odieuses par cette raison que la moindre erreur de forme entraînait l'échec de celui qui l'avait commise.

Dans ce système, les plaideurs n'ont plus ni rites solennels à accomplir, ni paroles sacramentelles à prononcer. Le magistrat adresse au juge, sous le nom de formule, une instruction où ses pouvoirs se trouvent circonscrits et déterminés. La formule est composée de certaines parties, dont chacune a une forme de rédaction arrêtée à l'avance. La prétention du demandeur est exposée dans l'*intentio;* le juge nommé par le magistrat doit examiner si cette prétention est fondée : si oui, il condamne le défendeur ; si non, il doit l'absoudre.

Il est donc évident a priori que ce système ne se prête pas à la compensation ; le juge ne peut en effet prendre que deux partis : condamner ou absoudre le défendeur. N'ayant à examiner que la prétention du demandeur, ne pouvant le condamner, il est clair qu'il ne peut tenir compte de la créance que le défendeur prétendra posséder contre son adversaire, ni faire la balance de ces deux créances. Si le défendeur est créancier du demandeur, il devra donc introduire une action distincte pour obtenir justice.

Néanmoins, c'est dans ce système que se développa à Rome la théorie de la compensation : nous allons suivre cette théorie dans son développement historique.

I. — COMPENSATION *ex eâdem causâ* DANS LES ACTIONS DE BONNE FOI

Il existe à l'origine une catégorie d'actions dans lesquelles la compensation fut appliquée : ce sont les

actions *bonæ fidei*. Ici le juge tempère le droit pur par des considérations d'équité ; mais il serait inexact de croire que le juge fût abandonné à son propre arbitraire. Le droit de juger selon les règles de l'équité découle de l'insertion, dans l'*intentio* de la formule, des mots *ex fide bonâ*, qui distinguent les actions de bonne foi des actions de droit strict. Cette distinction dérive de la nature du contrat : est-il unilatéral ? l'action est *stricti juris* ; est-il au contraire synallagmatique ? l'action sera de bonne foi. Dans ces derniers contrats, le juge embrasse à la fois les deux rapports de droit qui se rattachent à la cause de l'action. Un commodataire, par exemple, allègue des dépenses faites pour la conservation de la chose : le juge devra *ex æquo et bono* apprécier ces dépenses ; et, si elles sont fondées, en tenir compte dans la condamnation qu'il aura à prononcer contre le défendeur. C'est, en d'autres termes, la compensation opérée par le juge, des créances du demandeur et du défendeur : mais il faut bien remarquer que le juge ne pouvait examiner aucun fait juridique productif d'obligation au profit du défendeur, si ce fait était étranger au contrat qui lui était soumis ; en d'autres termes, il faut dire que la compensation avait lieu dans les actions de bonne foi, mais seulement lorsque les créances à compenser provenaient *ex eâdem causâ*.

C'est ce que Gaius nous expose dans son Com. 4 § 61 : *In bonæ fidei autem judiciis, libera potestas permitti videtur judici ex æquo et bono æstimandi quantùm actori restitui debeat : in quo et illud continetur, ut habitâ ratione ejus quod invicem actorem ex eâdem*

causâ præstare oportet, in reliquum eum cum quo actum est, condemnare (debeat).

D'autre part, le § 63 nous apprend qu'il n'était fait dans la formule aucune mention du juge de tenir compte de la créance du défendeur, mais que cette compensation dérivait de la nature même du contrat.

« *In his tamen judici, hujusmodi compensationis rationem habere, non ipsis quidem formulæ verbis præcipitur ; sed quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur.* »

Mais, si la compensation n'a lieu que dans les contrats productifs d'obligations réciproques, de quelle utilité sera l' *actio contraria* ? Ne sera-ce pas une superfétation ? Non. Supposons, en effet, que la créance du défendeur soit inférieure à celle du demandeur ; le défendeur devra être absous, mais le demandeur ne pourra pas être condamné par le juge ; et, pour obtenir le paiement du surplus de sa créance, le défendeur aura la ressource de l' « actio contraria ». C'est ce que nous dit la Loi 18 § 4 « de Commodati » : *Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis : sed fieri potest ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituendâ re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine judice restituta est : dicemus necessariam esse contrariam actionem.* Il se peut encore que le défendeur ait remis la chose de plein gré, ou que cette chose ait péri par cas fortuit : auxquels cas l'action contraire lui sera utile pour rentrer dans ses déboursés.

II. — CAS SPÉCIAUX OU LA COMPENSATION EST ADMISE EN DEHORS DES ACTIONS DE BONNE FOI. — L'*argentarius* et le *bonorum emptor*.

La nature des actions *stricti juris* ne permettait pas d'y pratiquer la compensation. En effet, ces actions dérivaient d'obligations unilatérales; le juge n'avait qu'un rapport de droit à examiner, et il ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs, prendre en considération une créance alléguée par le défendeur, parce que cette créance procédait d'une autre cause que celle du contrat qui lui était soumis.

En dehors des actions de bonne foi, Gaius nous soumet deux cas particuliers où la compensation était admise.

Ces hypothèses sont relatives à l'*argentarius* et au *bonorum emptor*.

L' « argentarius » était le banquier romain; il recevait et payait pour ses clients, tenant ce que nous appelons aujourd'hui des comptes courants. Il était astreint à une tenue de registres très rigoureuse, et la loi le soumit à une espèce de compensation qu'il devait faire de lui-même, sous peine de « plus petitio » et de perte complète de son procès. ..... *is cogitur cum compensatione agere, id est, ut compensatio verbis formulæ comprehendatur. Itaque argentarius, ab initio compensatione factâ, minùs intendit sibi dare oportere. Ecce enim, si sestertium X millia debeat Titio, atque ei XX debeat Titius, ita intendit, si paret Titium sibi X millia dare oportere*

amplius quam ipse Titio debet. La fin de ce § 64 nous donne la formule de l' « intentio ».

Le second cas est celui où un « bonorum emptor » exerce une action contre une personne qui se trouve à la fois débitrice et créancière du « fraudator ». Le « bonorum emptor » ne pouvait agir que déduction faite de la créance que cette personne avait contre le failli : *Item bonorum emptor cum deductione agere jubetur, id est, ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest, deducto eo quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur* (§ 65).

Mais ces deux cas sont l'objet de règles différentes énumérées dans les §§ 66, 67 et 68 de Gaius :

1° La « compensatio de l'argentarius » n'a lieu qu'entre deux dettes de même genre ; la « deductio », au contraire, même entre des dettes de nature différente : *Inter compensationem autem, quæ argentario interponitur, et deductionem, quæ objicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur, quod ejusdem generis et naturæ est;..... in deductionem autem vocatur et quod non est ejusdem generis* (§ 66).

2° La compensation de l' « argentarius » ne s'applique qu'aux dettes échues ; la « deductio » au contraire, s'étend même aux dettes à terme ; c'est la déchéance du terme du droit français pour le failli : *Item vocatur in deductionem et quod in diem debetur : compensatur autem hoc solum quod præsenti die debetur* (§ 67).

3° La « compensatio » s'exprime dans l' « intentio » ; de là le danger pour l' « argentarius » que

s'il se trompe d'un écu, il encourt la « plus petitio » et perd son procès tout entier. La « deductio » au contraire se place dans la « condemnatio », et le péril de la « plus petitio » n'existe plus. *Præterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur; quo fit ut, si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat: deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petendi periculum non intervenit; utique bonorum emptore agente, qui, licet de certâ pecuniâ agat, incerti tamen condemnationem concipit* (§ 68).

De ce que le banquier était obligé de faire lui-même la compensation, il ne faut pas en conclure que c'était là un cas de compensation légale : au contraire, les deux créances subsistent toujours, et le banquier peut être poursuivi pour le tout.

Mais, en dehors de ces deux cas, la compensation n'existait pas dans les actions « stricti juris » ; et le défendeur, non recevable à s'en prévaloir, courait le risque, après avoir payé son créancier, de voir ce même créancier devenir insolvable, lorsqu'il le poursuivrait pour la dette qu'il avait contractée envers lui. Il était inique que le demandeur touchât ce qu'il ne pouvait garder. Aussi le défendeur avait-il encore une ressource : c'était de former *in jure* une « mutua petitio » ou demande reconventionnelle. Il faut bien se garder de croire que les deux actions se confondissent en une seule ; chaque partie exerçait la sienne distinctement, mais les deux formules, délivrées par le magistrat, portaient nomination d'un même juge. Les deux demandes reconnues fondées,

et les deux droits liquidés, le juge pouvait assez aisément concilier les parties et obtenir qu'elles se fissent réciproquement remise jusqu'à concurrence de la plus faible des deux dettes. Du reste, une fois les deux condamnations prononcées, la compensation put désormais être opposée dans l'action « judicati ». La Loi 1 § 4, 49, 8 au Digeste décide que, lorsque le juge n'avait pas statué sur les deux demandes à la fois, l'exécution de la première condamnation demeurait suspendue jusqu'au second jugement.

III. — EXTENSION DE LA COMPENSATION A TOUTES LES ACTIONS DE DROIT STRICT. — RÉACTION SUR LES ACTIONS DE BONNE FOI.

C'était déjà un grand pas de fait vers cette compensation qui avait échappé jusqu'ici aux Romains. Mais, quelles que fussent les tendances de la jurisprudence pour arriver, au moyen des exceptions, à cette pratique si équitable, il n'en était pas moins vrai que la compensation n'avait pas encore acquis droit de cité. Il appartenait à Marc-Aurèle de l'établir définitivement.

Le rescrit de cet empereur était ainsi formulé dans le § 30 des Institutes au titre « de Actionibus » : *Sed et in strictis judiciis, ex rescripto divi Marci, oppositâ doli mali exceptione, compensatio inducebatur.*

Mais la compensation, en s'introduisant dans les actions de droit strict, dut nécessairement entraîner une seconde innovation. Le défendeur, dans une

action « stricti juris », ne peut être créancier du demandeur « ex eâdem causâ »; car l'action « stricti juris » ne produit qu'un seul lien de droit : il faut donc admettre que la compensation peut s'opérer entre deux créances procédant de deux contrats différents, « *ex dispari causâ.* » C'est ce qui arriva en effet, et quoique le § 39 du titre « de Actionibus » aux Institutes mentionne encore les mots « *ex eâdem causâ* », tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'ils y ont été insérés par suite d'une erreur.

Mais ce n'était pas tout, et il fallait faire encore un pas de plus : car jusqu'ici la compensation n'avait eu lieu dans les actions de bonne foi que pour des créances provenant ex eâdem causâ. Les actions de bonne foi ne pouvaient être plus maltraitées que les actions stricti juris, aussi la condition « ex eâdem causâ » disparut-elle de ces actions. Et c'est ce qui explique l'absence de ces mots dans le § 30 des Institutes : *In bonæ fidei judiciis, libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi, quantùm actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum debeat condemnari.*

Il s'est élevé une controverse au sujet de savoir si Marc-Aurèle avait innové en introduisant l'exception de dol dans les actions « stricti juris », ou s'il n'avait que sanctionné une jurisprudence déjà existante.

La première opinion nous semble préférable. Elle résulte du langage des Institutes, et de plus elle explique seule le silence de Gaius sur ce point.

Cependant l'opinion contraire a cru pouvoir argumenter de certains textes que nous allons examiner.

La Loi 38 au Digeste 6, 1 de Celsus, contemporain de Trajan, suppose qu'un possesseur de bonne foi a fait des impenses utiles au fonds qu'il détient. Si le propriétaire veut vendre l'immeuble, et qu'il ne rembourse pas la plus-value, le possesseur pourra garder le fonds, et sera condamné à en payer la valeur, déduction faite de la plus-value. — Nous ne croyons pas qu'il y ait là compensation : en effet, il n'y a de créance ni d'un côté ni de l'autre. De plus il s'agit d'une action *in rem ;* or cette action, par sa nature, se rapproche plutôt des actions de bonne foi.

On argumente encore de la Loi 15, 16, 2, de Javolenus, également contemporain de Trajan, loi ainsi conçue : *Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum ; is petit a me quam ei debeo pecuniam : quæro an hoc quoque pensandum sit, quanti meâ interfuit certo loco dari ?* Respondit : *si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet ; sed cum suâ causâ, id est ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco quo convenerit, pecuniam dari.* — Il s'agit d'une somme à payer dans un endroit déterminé, et c'était justement le rôle des banquiers de servir d'intermédiaires dans ces circonstances. Cette loi se rapporte donc aux « argentarii », et l'argument qu'on en tire n'est pas concluant, la compensation leur étant imposée, ainsi que nous l'avons vu.

Mais la loi qui a paru tout à fait décisive est empruntée à Julien, contemporain d'Adrien (Loi 10 § 3, 16, 2) : *In stipulationibus quoque, quæ instar actionum habent (id est, prætoriis), compensatio locum habet : et secundum Julianum, tam in ipsa stipulatione quam in ex stipulatu actione poterit objici compensatio.* — Dans les stipulations prétoriennes, la *clausula doli* était ajoutée à la formule. Aussi n'est-ce pas, dans le cas présent, d'une action de droit strict qu'il s'agit, mais d'une action de bonne foi, et la preuve en résulte du texte suivant : *Quidquid eum Q. Licinium ex eâ stipulatione L. Seio dare facere oportuit ex fide bonâ.* (Desjardins, *de la Compensation,* p. 54).

Enfin, disent les partisans du système adverse, il y a une lacune entre le § 60 et le § 61 de Gaius, et il est probable que le jurisconsulte traitait à cette place de l'exception de dol dans les actions de droit strict. — Cette hypothèse ne repose sur rien. Elle est invraisemblable en ce sens, que Gaius aurait commencé par parler des actions de droit strict avant d'examiner les actions de bonne foi ; or, il est hors de doute que ces dernières profitèrent de la compensation avant les autres. De plus cette allégation imprudente de nos adversaires nous fournit une réponse sérieuse à leurs arguments. Gaius dans le § 61 exige, pour que la compensation ait lieu dans les actions de bonne foi, que les créances proviennent ex eâdem causâ ; or, comment concevoir qu'immédiatement avant ce paragraphe, il admette la compensation pour des créances procédant ex dispari

causâ », puisque dans l'espèce il s'agit des actions de droit strict ? Ce serait une erreur impardonnable.

Pour nous, nous estimons qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à des textes que les compilateurs ont pu altérer, et nous nous en tenons à la lettre des Institutes et au silence de Gaius.

L'exception de dol insérée dans la formule et reconnue fondée, quelle sera l'attitude du juge ? Absoudra-t-il le défendeur, ou compensera-t-il ?

La plupart des interprètes professent aujourd'hui que l'exception de dol donnait à l'action de droit strict le caractère d'une action de bonne foi, et que le juge, par suite, avait le pouvoir de compenser. C'est le parti auquel nous nous rangeons, bien qu'il semble plus logique de dire que, suivant les principes des actions de droit strict, l'opinion adverse serait rationnelle. Il ne faut pas oublier, en effet, que c'est dans un but d'équité que l'exception de dol a été introduite dans les actions « stricti juris ». De plus, si nous nous reportons à la Loi 22 pr. du titre *de Exceptionibus*, nous y voyons que l'exception reconnue fondée n'a pas pour effet, nécessairement, d'entraîner l'absolution : *Exceptio est conditio quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.*

D'autre part, le § 30 des Institutes emploie le terme de compensation d'une façon très explicite ; et enfin, d'après un certain nombre de textes, l'exception de dol donne le caractère d'une action de bonne foi, soit à l'action *in rem*, soit à l'action de droit strict.

Nous avons déjà cité plus haut la Loi 38, 6, 1.

La Loi 15 « de doli mali exceptione » est ainsi conçue : *Fdejussor evictionis nomine condemnatus id prædium quod evictus est, et omnia præstare paratus est, quæ jure empti continentur : quæro an agentem emptorem exceptione ex causâ judicati doli mali summovere potest?* Respondit *exceptionem quidem opponi posse, judicem autem æstimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat.* » Il faut conclure de ce texte que, selon les cas, l'exception de dol entraîne la déchéance, ou donne au juge un pouvoir d'appréciation analogue à celui qu'il aurait dans une action de bonne foi ; ou que, au contraire, la réponse fournit le développement et l'explication de la question elle-même, et que « summovere » ne signifie pas, toujours et absolument, que le demandeur sera déchu de son droit (Desjardins, *de la Compensation*, p. 74).

IV. — LA COMPENSATION FUT-ELLE ADMISE DANS LES ACTIONS RÉELLES?

Tout nous porte à croire que la compensation n'existait pas dans les actions in rem avant Justinien.

D'abord les textes de Gaius sont absolument muets à cet égard ; de plus, la définition même qu'en donne Modestin, l'exclut : *Debiti et crediti inter se contributio*. Ce jurisconsulte suppose la coexistence de deux créances ; or, dans une action in rem, il est impossible de concevoir un droit de créance : quand je revendique un fonds qui m'appartient, alors même

que je devrais une somme d'argent au détenteur de ce fonds, le juge placé en face de la formule « *si paret fundum Cornelianum Q. Agerii esse* », le juge ne peut méconnaître mon droit de propriété ; et, quoique sous le système formulaire toute condamnation soit pécuniaire, la formule n'en est pas moins là, mon droit de propriété n'en est pas moins vrai. Du reste, pour demander la compensation, le défendeur n'aurait qu'un moyen : opposer l'exception de dol. Or, quelle base à cette exception ? Quel dol de réclamer le fonds qui m'appartient ?

Du reste, si nous nous reportons à la Loi 14 au Code pr. de Comp. et au § 30 des Inst., nous voyons que Justinien présente cette compensation comme une innovation de sa part : *Sed nostra constitutio eas compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque.* » (Inst., § 30.)

Ce texte est bien précis, le sens du mot latin bien clair, et sur la question nous n'avons pas d'autres documents.

§ 3. — Procédure extraordinaire

Le système formulaire, qui présida à la période classique du droit romain, contenait déjà en germe la procédure qui devait le supplanter. Nous voulons parler des « persecutiones » que le magistrat jugeait *extra ordinem*, et dont l'extension produisit, en se

généralisant, la procédure extraordinaire. Le *jus* et le *judicium* se confondirent, la formule disparut ; le principe que toute condamnation était pécuniaire tomba, et la sentence porta désormais sur l'objet même du litige : *Curare autem debet judex ut omnimodo, quantùm possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat, etiam si de incertâ quantitate apud eum actum est* (§ 32, Instit.)

D'autre part la distinction, si importante sous l'ancien système de procédure, entre les actions de droit strict et celles de bonne foi, perdit tout intérêt ; et les exceptions devinrent opposables jusqu'en fin de cause, même après la *litis contestatio*.

La compensation, sous ce système, était-elle encore admise *ex dispari specie ?* Si nous nous attachions à la stricte logique, la réponse devrait être négative ; car, du moment que la condamnation, cessant d'être pécuniaire, porte sur l'objet même du litige, si les deux objets dus sont de nature différente, il est évident que la compensation devient par cela même impossible.

Néanmoins, quelque logique qu'elle puisse être, cette opinion ne nous paraît pas admissible.

La compensation, depuis plusieurs siècles, était pratiquée *ex dispari specie* : comment conclure à l'introduction d'une condition nouvelle aussi importante, alors que les textes sont muets à cet égard ? Justinien, semble-t-il, aurait fait mention dans ses recueils d'un tel changement. De plus la compensation dérivait éminemment d'un principe d'équité ; car, même sous le système formulaire, si le juge

avait le devoir de convertir en argent la condamnation du défendeur, il n'avait pas le même droit à l'égard du demandeur, et cependant ce droit lui fut attribué pour opérer la compensation. Enfin la procédure extraordinaire a remplacé peu à peu le système formulaire. Ne semble-t-il pas naturel alors de supposer que l'ancien principe de la non-fongibilité a survécu dans le nouvel état de choses?

V. — Innovations de Justinien

Nous avons déjà eu l'occasion de parler plus haut des innovations de Justinien. Nous savons que cet empereur présente comme une innovation personnelle l'introduction de la compensation dans les actions *in rem* (§ 30 aux Inst. titre *de Actionibus*). D'autre part, la Loi 14, pp. C. de Comp. est ainsi conçue : *Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.* D'après cette loi, la compensation aura lieu *ipso jure* dans les actions *in rem*, aussi bien que dans les actions *in personam*. De plus, le texte précité des Institutes énonce formellement que la compensation réduit, « ipso jure », les actions tant réelles que personnelles.

Quelle est la signification de ces mots *ipso jure?* La Constitution de Justinien a-t-elle rendu la compensation légale de judiciaire qu'elle était?

C'était l'opinion généralement admise par les anciens interprètes. De plus, le texte des Institutes

semble donner raison à ce système ; et, si nous nous reportons à la paraphrase de Théophile, nous voyons que ce dernier se rattache à cette solution : *Si habet quis adversùm me actionem, sive strictam, sive bonæ fidei, de solidis decem, sed contrà mihi debet solidos ter, ipso jure, simul ac aliquid contrà debetur, actio adversùs me minuitur solidis tribus, ut haud ampliùs decem sed septem tantum solidos debeam.* » Les partisans de ce système argumentent d'un certain nombre de textes où les mots « ipso jure » ont le même sens que « *sola legis auctoritate* ». Si tel est donc le sens des mots « ipso jure », pourquoi, dans le cas qui nous occupe, la loi s'en serait-elle écartée ?

Il faut cependant reconnaître que la compensation, judiciaire avant Justinien, est demeurée judiciaire sous Justinien.

L'opinion qui tend à représenter la compensation comme légale, aboutit forcément à en faire un mode d'extinction des obligations. Or, il serait inexplicable que Justinien n'eût pas parlé de la compensation dans son énumération des modes d'extinction des obligations.

Pour avoir l'explication des mots *ipso jure*, il faut analyser minutieusement les termes du § 30 des Institutes. L'empereur commence par dire que, dans les actions de bonne foi, la compensation résulte de la nature même du pouvoir du juge. Mais dans les actions de droit strict, au contraire, elle dérivait de l'exception de dol, « opposita doli mali exceptione. » Or, il a élargi le domaine d'application de la com-

pensation, « latius introduxit », en ce sens qu'elle diminue, ipso jure, toutes les actions in rem et in personam. N'est-il pas dès lors évident que les mots « ipso jure » et « oppositâ doli mali exceptione » se font antithèse? Le mot « sed », d'autre part, ne marque-t-il pas nettement l'opposition ? Justinien, voulant faire un pas de plus que Marc-Aurèle, décide que le magistrat pourra compenser dans toute espèce d'actions sans formalités d'exception.

De plus, la paraphrase de Théophile n'est pas en contradiction avec ce système: en effet, le jurisconsulte s'attache au résultat pratique de l'action. Nulle part il ne dit, pas plus que Justinien, que l'obligation est diminuée ; il constate que l'action seulement subit cette diminution, parce qu'elle cesse d'être efficace dans la mesure où la compensation doit être effectuée.

Nous pouvons citer à l'appui de cette doctrine la Loi 2 de notre titre au Digeste, qui exige que le défendeur oppose la compensation, et la Loi 7 § 1 du même titre, qui conserve son ancienne action au défendeur, s'il n'a pas fait prononcer la compensation.

Quant à la seconde controverse, sur le point de savoir quelle est la portée de l'innovation qui consiste à avoir admis la compensation dans les actions in rem, le texte est si formel qu'il nous paraît indiscutable. Evidemment, il semble contraire au respect dû à la propriété que la compensation puisse aboutir à une expropriation forcée. Faut-il donc supposer, comme le fait Doneau, que le droit réel est converti en un

droit de créance par suite de la faute du possesseur ? Sous le système formulaire, le demandeur d'une action in rem subissait bien une expropriation : concluons-en que cette expropriation paraissait aux Romains moins inique qu'à nous aujourd'hui.

CHAPITRE II

CONDITIONS ET EFFETS DE LA COMPENSATION

Après avoir étudié les différentes phases de la compensation, sous les divers systèmes de procédure qui se sont succédé à Rome, nous arrivons aux règles de détail qui régissent cette matière. Nous allons donc examiner quelles sont les conditions et effets de la compensation et quelles exceptions le législateur a apportées à ce principe.

SECTION Ire

CONDITIONS DE LA COMPENSATION

Nous verrons qu'en droit français la liquidité, l'exigibilité, la fongibilité et certains rapports entre les personnes sont nécessaires pour qu'il y ait compensation. Recherchons si ces quatre conditions existaient dans le droit romain.

1° — Une dette est liquide quand il n'y a aucun doute sur son existence ou son chiffre, lorsqu'il est constant *an*, *quantùm*, *quale debeatur*.

L'obligation naturelle peut servir de cause à la compensation : *Etiam quod naturâ debetur venit in compensationem*. (L. 6, de Comp.) — Si le débiteur naturel devient créancier de son créancier, et

qu'il intente une action, ce dernier n'aura qu'à opposer l'exception *doli mali* pour faire déduire ce qui lui est dû naturellement, de ce qu'il doit civilement.

Autoriser cette compensation, c'est, en somme, accorder le droit d'agir, et le résultat effectif est le même que s'il y avait moyen d'obtenir une condamnation ; mais ce résultat est subordonné à la condition que le débiteur naturel devienne, à l'égard de son créancier naturel, créancier d'une obligation civile.

En ce qui regarde l'obligation naturelle dérivant des pactes, l'équité a fait admettre la compensation. Celle-ci n'est en effet qu'un paiement que se fait lui-même le créancier débiteur, et le paiement est valable au cas d'une obligation naturelle produite par un pacte (L. 31 §§ 1 et 2 *de Hered. pet. D.*).

Enfin, d'après la Loi 14 de notre titre: «Quæcumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt », toute obligation paralysée par une exception perpétuelle n'est pas susceptible d'être compensée.

La créance invoquée en compensation doit-elle être liquide ?

Cujas exige la liquidité ; Doneau croit, au contraire, que la compensation pouvait avoir lieu entre la créance du demandeur et toute créance du défendeur, liquide ou non. En effet, sous le système formulaire, le juge doit apprécier en argent les objets dus : or, l'équité exige que les deux parties soient traitées de même, qu'on tienne compte des créances de part et d'autre ; et il ne serait pas juste que le défendeur fût exposé, après avoir payé sa dette, à

trouver son débiteur insolvable, quand il serait condamné à son tour. — L'absence de textes mentionnant expressément cette condition nous porte, en outre, à croire que la liquidité n'était pas exigée avant Justinien.

Mais, sous cet empereur, le doute n'est plus permis ; § 30 du titre « de Actionibus » aux Institutes : *compensationes quæ jure aperto nituntur* ; et Loi 14 de notre titre de Compensationibus au Code : *Ita compensationes objici jubemus, si causa ex quâ compensatur liquida sit, et non multis ambagibus inodata, sed possit judici facilem exitum suî præstare.*

2° *Exigibilité.* — Le terme empêche la compensation. Ulpien dit à la Loi 7 de Compensationibus : *Quod in diem debetur non compensabitur, antequàm dies venit, quanquàm dari oporteat.* Mais le terme de grâce n'est pas un obstacle : *Aliud est enim diem delegationis non venisse, aliud humanitatis causâ tempus indulgeri solutionis* (Loi 16 de Compensationibus).

Quant à la dette conditionnelle, elle ne peut être invoquée en compensation, l'existence du droit étant suspendue jusqu'à l'accomplissement de la condition.

3° La fongibilité est-elle une condition nécessaire de la compensation ? Deux dettes sont fongibles lorsqu'elles ont pour objet des choses du même genre.

Sous le système des actions de la loi, le débiteur étant condamné à la chose même qu'il devait, Doneau pense que la compensation n'avait pas lieu

pour les choses non fongibles. Mais, sous le système formulaire, où, comme nous l'avons déjà dit, toute condamnation est pécuniaire, il en est autrement. Il existe cependant une exception en faveur de l'argentarius, parce qu'il eût été inique de forcer ce dernier à faire une estimation qui, dans le cas où elle n'aurait pas été exacte, lui eût fait encourir la déchéance de la plus-pétition. Le cas est prévu par Gaius, § 66 de son Commentaire 4 : *In compensationem hoc solum vocatur quod ejusdem generis et naturæ est.*

On nous a opposé, il est vrai, le texte de Paul, § 3 du titre 5 du livre 2 ; mais nous pensons avec beaucoup d'interprètes que ce texte se rapporte à la compensation de l'argentarius.

Néanmoins, les anciens commentateurs croyaient que cette condition de fongibilité était générale ; et ils appuyaient leur dire de ce qu'on ne peut forcer le créancier à accepter autre chose que ce qui lui est dû.

Malgré toute l'apparence de raison de cet argument, les auteurs modernes la croient particulière à l'argentarius ; car les Romains tenaient compte beaucoup plus de la valeur des choses que de leur nature.

Enfin, une troisième opinion s'est fait jour, qui, prenant un moyen terme, n'exige pas la fongibilité sous le système formulaire, mais l'exige sous le système extraordinaire.

4° Quant à notre quatrième condition, nous la formulerons en deux règles :

A. — Le défendeur ne peut opposer en compensation que sa créance personnelle.

B. — La dette opposée par le défendeur doit être personnelle au demandeur.

A. — En principe, le débiteur n'a pas le droit d'opposer une créance appartenant à une autre personne, même de l'assentiment de celle-ci. Cette règle générale est posée par Papinien à la loi 18 § 1 de notre titre au Digeste : *Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.* L'empereur Gordien la confirme dans la Loi 9 de notre titre au Code : *Ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.*

Tel est le principe. Il y a cependant des cas où le défendeur peut compenser une créance qui ne lui est pas personnelle.

L'héritier continuant la personne du défunt, le défendeur pourra opposer à son créancier, héritier de son débiteur, la compensation jusqu'à concurrence de sa part héréditaire.

Le fidéjusseur pourra opposer en compensation la créance du débiteur principal, en vertu de ce principe que le fidéjusseur a droit aux exceptions qui appartiennent au débiteur principal. Les Lois 4 et 5 de Compensationibus au Digeste sont ainsi conçues : *Verum est ipso jure eo minùs fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. — Si quid a fidejussore petetur, æquissimum*

est fidejussorem eligere quod ipsi an quod reo debetur compensari malit ; sed, et si utrumque velit compensare, audiendus est. Si le fidéjusseur était obligé de payer, il aurait son recours contre le débiteur principal ; or il ne serait pas équitable que celui-ci souffrît de ce que le créancier a poursuivi le fidéjusseur à sa place, et ce serait donner lieu à des lenteurs et à des frais plus considérables. « Sed, et si utrumque velit compensare, audiendus est », le fidéjusseur peut même opposer à l'action principale, et ce qui est dû au débiteur principal, et ce qui lui est dû à lui-même.

Quand deux « correi promittendi » ne sont pas associés, et que l'un d'eux devient créancier à son tour du créancier, la compensation ne peut pas être opposée par l'autre « correus ». La Loi 10 du titre *De duobus reis* au Digeste, empruntée à Papinien, le dit expressément : *Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet.* On en doit donc conclure, par argument *a contrario*, que, s'il y a société entre les deux « correi promittendi », la compensation peut être invoquée indifféremment par l'un ou l'autre débiteur ; car, comme le dit Pothier : « *Societas facit ut quodam modo videantur una persona.* » (On évitera ainsi un recours du *reus* poursuivi contre son *correus*, et une action de celui-ci contre le créancier commun. *Pand. Just., de Comp.. n°* 17.)

Le fils de famille peut-il opposer ce qui est dû à son père ? Un texte de Paul, Loi 9 § 1, *de Comp.* dit : *Si cum filiofamiliâs agatur, an quæ patri debeantur filius compensare possit quæritur ? Quod*

magis est admittendum, quia unus est contractus; sed cum conditione ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est, non exacturum quod is compensaverit. Nous croyons, à l'inverse de certains commentateurs, que le fils de famille peut toujours opposer ce qui est dû à son père.

Au sujet du *procurator in rem suam*, nous trouvons un texte de Papinien ainsi conçu : *In rem suam procurator datus, post litis contestationem si vice mutuâ conveniatur, æquitate compensationis utetur* (L. 8 *de Comp.* 16, 2).

Si un cessionnaire, déjà saisi de sa créance par la « litis contestatio », vient à être actionné à son tour par le débiteur cédé, il pourra opposer à celui-ci la compensation. — Pour expliquer ce texte, il faut supposer que la « litis contestatio » a mis fin à l'instance, et que le cessionnaire, une fois muni de son action, a cessé de poursuivre le cédé. Si, dans cette hypothèse, le cédé devient à son tour créancier du cessionnaire, et qu'il le poursuive, celui-ci pourra opposer au cédé la compensation ; car, bien que l'intentio de la formule du « procurator in rem suam » soit au nom du cédant, c'est par une pure raison d'équité que la compensation a été accordée.

Quant au cas d'un militaire qui a laissé plusieurs hérédités distinctes, ce qui est dû à la première ne saurait être opposé par la seconde, et vice versa : « *Cum militi castrensium bonorum alius, cæterorum alius heres exstitit, et debitor alteri heredum obligatus, vult compensare quod ab alio debetur, non audietur.* (L. 16, pr. de Comp.)

B. — La créance opposée en compensation doit avoir pour débiteur le demandeur.

Ce principe ressort implicitement d'un texte de Paul, Loi 23 de Compensationibus au Digeste : *Id quod pupillorum nomine debetur si tutor petat, non posse compensationem objici ejus pecuniæ, quam ipse tutor suo nomine adversario debet.* Le tuteur agissant au nom du pupille, celui-ci est le vrai demandeur : le défendeur ne pourra pas invoquer la compensation de ce que lui doit le tuteur.

Le débiteur commun de deux *rei credendi* ne peut opposer à l'un la compensation de ce que lui doit l'autre, qu'il y ait société ou non. Autrement, celui des deux qui aurait à recourir contre l'autre, pourrait risquer de le trouver insolvable.

On peut opposer au maître la compensation de ce que doit l'esclave, mais jusqu'à concurrence seulement du pécule de celui-ci. Loi 19 de Compensationibus : *Debitor pecuniam publicam servo publico citrà voluntatem eorum solvit, quibus debitum rectè solvi potuit : obligatio pristina manebit, sed dabitur ei compensatio peculii fini, quod servus publicus habebit.*

La compensation de ce que doit le fils ou l'esclave est opposable au père ou au maître, agissant en vertu du contrat, par le fils ou l'esclave. Loi 9 pp. de Compensationibus : *Si cum filiofamilias aut servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus : quamvis, si ageremus, duntaxat de peculio præstaretur.*

Le débiteur d'une créance cédée peut-il opposer au « procurator in rem suam » la créance qu'il a

contre le cédant ? Loi 34 de Procuratoribus : *Si quis in rem suam procuratoris nomine agit, veluti emptor hereditatis, an debeat invicem venditorem defendere ? et placet, si bonâ fide, et non in fraudem eorum qui invicem agere vellent, gestum sit negotium, non oportere eum invicem defendere.*

Lorsque je suis débiteur envers Titius d'une somme d'argent payable en tel lieu, et que je suis à la fois créancier envers lui-même d'une somme d'argent payable en un autre lieu, je puis lui opposer la compensation des deux créances, en lui faisant raison du coût de la remise du lieu où elle était payable en celui-ci. Ce cas est prévu par la Loi 15 de Compensationibus au Digeste : *Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum ; is petit a me quam ei debeo pecuniam : quæro an hoc quoque pensandum sit, quanti meâ interfuit certo loco dari.* Respondit : *si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet : sed cum suâ causâ, id est, ut ratio habeatur quanti meâ interfuerit eo loco quo convenerit, pecuniam dari.*

SECTION II

Nous arrivons maintenant aux effets de la compensation.

Les intérêts cessent d'être dus, dès le moment où les deux dettes ont coexisté, encore que l'une des deux seulement soit productive d'intérêts. Ce principe est posé dans les Lois 11 et 12 de notre titre au

Digeste, et dans les Lois 4 et 5 de notre titre au Code.

Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, dit la Loi 11, *constitutum est a Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse præstandas.* Puis la Loi 12 : *sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversæ tamen sint usuræ, compensatio nihilominùs locum habet ejus quod invicem debetur.* Enfin, la Loi 4 au Code dit : *si constat pecuniam invicem deberi : ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore ex quo ab utrâque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usuræ debentur.*

A Rome, nous l'avons déjà dit, la compensation était judiciaire. Le juge faisait la balance des deux dettes : si elles étaient égales, le défendeur était absous ; si la dette du demandeur était supérieure à celle du défendeur, la première était éteinte jusqu'à concurrence de la seconde, et le défendeur condamné à payer la différence ; enfin, si la dette du défendeur était la plus forte, il était encore absous, et il lui restait le recours de son action pour se faire payer la différence.

Si le juge n'a pas prononcé la compensation, parce qu'elle n'a pas été invoquée, la créance subsiste toujours. (Loi 7, § 1 : *si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio.*) Mais si le juge a déclaré que le défendeur n'était pas créancier, *si reprobaverit pensationem quasi non existente debito, tunc enim rei judicatæ nocebit exceptio* (Loi 7 D de Compens.).

Le droit de gage ou d'hypothèque ne peut survivre à la créance ; il s'éteint avec elle. (Loi 12 au Code : *Invicem debiti compensatione habitâ, si quid amplius debeas, solvens, vel accipere creditore nolente offerens et consignatum deponens, de pignoribus agere potes.*)

Les fidéjusseurs sont libérés. Loi 4 : ..... *Sicut enim cùm totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.*

Le défendeur peut opposer la compensation sans reconnaître ainsi sa dette : *non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur* (Loi 9 de Exceptionibus).

La Loi 12 au Code vise un cas particulier : *Invicem debiti compensatione habitâ, si quid amplius debeas, solvens, vel accipere creditore nolente offerens et consignatum deponens, de pignoribus agere potes.* Texte que Pothier traduit ainsi au n° 636 de son Traité des Obligations : « Si mon créancier, à qui j'ai donné « des effets en nantissement, est devenu mon débi- « teur, je puis répéter lesdits effets, en lui offrant « seulement ce que je lui dois de plus qu'il ne me « doit, la compensation qui se fait de nos dettes res- « pectives jusqu'à due concurrence tenant lieu du « payement du surplus. »

Enfin, la *condictio indebiti* est accordée à celui qui a payé par erreur une dette qu'il aurait pu compenser. (L. 10 § 1 de Comp. : *si quis compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.*) Ce texte semble au premier abord faire supposer que la compensation a éteint les dettes de plein droit,

qu'elle est légale, par conséquent. Mais la véritable raison, c'est que la « condictio indebiti » peut être invoquée par celui qui a payé une dette, quand il pouvait opposer une exception perpétuelle, et la compensation fait partie des exceptions perpétuelles.

SECTION III

Reste à examiner les exceptions qui ont été apportées à la compensation.

En principe, la compensation est opposable à toute sorte de créance, quelle que soit sa nature, quelle que soit sa cause.

Le débiteur qui s'est laissé condamner peut même opposer la compensation à l'exécution de la condamnation intervenue contre lui. C'est ce que nous dit la Loi 2 de Compensationibus : *Eum qui judicati convenitur, compensationem pecuniæ sibi debitæ implorare posse nemini dubium est.*

Nous allons étudier les exceptions à ce principe.

1° Celui qui a été dépossédé violemment doit être restitué.

La Loi 14 de notre titre au Code § 2 fait mention de cette exception : *Possessionem alienam perperàm occupantibus compensatio non datur.*

2° La compensation n'est pas opposable dans le cas de dépôt. C'est ce que nous dit Justinien, § 1 de notre Loi 14 au Code : *Exceptâ actione depositi secundum nostram sanctionem, in quâ nec compensationi locum esse disposuimus;* et au § 30 du titre de Actio-

nibus aux Institutes : *Exceptâ solâ depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne, sub prætextu compensationis, depositarum rerum quis ex actione defraudetur.*

Paul nous dit aussi au § 12 du titre 12 du livre 2 : *In causâ depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est.* Il peut paraître étrange que la compensation ne soit pas possible sous le système formulaire, où, même dans l'action *depositi*, la condamnation était pécuniaire. M. Desjardins explique ce texte, en disant que Paul fait allusion à l'infamie qui résulte de l'action *depositi directa*. « Sans doute, dit-il, la compensation était admissible... mais le dépositaire ne pouvait éviter l'infamie que par la restitution de l'objet lui-même. C'est en ce sens que *res ipsa reddenda est.* »

Le droit français assimile le prêt à usage ou commodat au dépôt. La même disposition existe-t-elle en droit romain ?

La Loi 4 *de Commodato* au Code est ainsi conçue : *Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.* Mais certains commentateurs opposent à cette loi la Loi 18 § 4 du titre *Commodati* au Digeste, qui montre la compensation admise dans le cas de commodat.

3° En principe la compensation était opposable au fisc lui-même, et aux cités ; cependant, il existe certains cas où elle ne pouvait être invoquée contre le fisc :

a). — L'argent dû pour cause d'impôts : *Ex causâ vectigalium, stipendiorum, tributorum.*

b). — L'argent dû *ex calendario*, c'est-à-dire en vertu d'un prêt à intérêt, les créances de cette nature étant assimilées aux contributions publiques.

c). — L'argent dû *ex causâ annonariâ* (L. 46, § 5, C. *de Jure Fisci*), Doneau suppose un administrateur débiteur de l'État pour prévarication ou mauvaise gestion. L' « annona » comprend tout ce qui rentre dans la nourriture.

d). — L'argent dû pour cause des aliments que l'État distribue aux pauvres.

e). — L'argent employé à payer les fonctionnaires : *Si quis debitor sit ejus pecuniæ quæ statutis sumptibus servit.* (L. 3, C. de Comp.)

f). — La dette d'un fidéicommis fait au profit d'une ville.

g). — Enfin, la Loi 46 § 5 au Code *de Jure Fisci* défend la compensation entre une chose achetée de l'État et la créance qu'on peut avoir contre lui :

Ces exceptions sont énumérées dans les Lois 46 § 5 au Code *de Jure Fisci* et 3 *de Compensationibus*.

D'après la Loi 19 D de Comp., la personne poursuivie par le fisc, et qui se trouve créancière d'un *servus publicus*, peut invoquer la compensation et l'opposer jusqu'à concurrence du pécule de ce *servus publicus*.

Notons enfin pour terminer que la compensation n'est possible que si l'on est à la fois débiteur et

créancier de la même « statio » : *Et senatus censuit, et sæpe rescriptum est, compensationi in causâ fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat quæ petit* (Loi 1 de notre titre au Code). On appelle station « le lieu où l'on se tient pour administrer les choses du fisc (Doneau). »

DROIT FRANÇAIS

DE LA COMPENSATION

Dans le Code civil

Nous avons vu qu'à Rome la compensation était judiciaire. Avant de l'étudier sous l'empire du Code civil, nous dirons quelques mots sur les modifications qu'elle a subies dans l'époque intermédiaire.

Lorsque l'immense Empire Romain se fut morcelé sous la conquête des Barbares, les institutions et les lois romaines continuèrent de régir les Gallo-Romains à côté de celles importées par les envahisseurs ; chacun, dans cette promiscuité de races hétérogènes, conserva le droit d'être jugé par sa loi personnelle. Bien plus, certains chefs barbares allèrent même jusqu'à publier un résumé du droit romain, à l'usage des sujets romains ; c'est ainsi que parut le *Breviarium Alarici*, autrement nommé *Lex Romana Visigothorum*. C'est dans cette dernière que nous trouvons le texte de Paul : *Compensatio debiti ex pari specie et causâ dispari admittitur*..... Aussi est-il probable

que la compensation fut pratiquée dans le royaume des Visigoths. Mais les documents nous manquent à l'effet de savoir si elle fut admise dans les autres royaumes barbares.

Mais peu à peu une scission s'opéra entre le Nord et le Midi de la France. Le Midi, pays de droit écrit, resta sous l'influence du droit romain, tandis que dans le Nord, plus imbu des idées germaniques, la Coutume prenait un caractère analogue.

La compensation, encore en vigueur dans les pays de droit écrit, fut complétement bannie des pays de Coutume. La raison, il faut la chercher dans la révolution sociale qui s'accomplit vers le x° siècle. La Féodalité avait érigé la France en une multitude de petites souverainetés ; le droit de justice était une prérogative du seigneur, et en outre une source considérable de revenus. La compensation, qui, au contraire, tendait à diminuer le nombre des procès, devait donc trouver peu de crédit auprès des justices seigneuriales : c'est en effet ce qui arriva.

La découverte des Pandectes, au xii[e] siècle, amena une renaissance du droit romain, et, dans les coutumes jugées notoires du Châtelet de Paris, nous voyons, au commencement du xiv[e] siècle, apparaître la compensation en cour laïque, mais dans le cas seulement de deux dettes liquides.

Mais ce fut surtout le droit canonique qui donna au droit romain tout son essor. Le droit canonique, synthèse des Conciles, des Décrétales des papes et du droit romain, avait avec ce dernier une grande analogie. Grâce à ses principes d'équité, il passa

rapidement dans la pratique. De plus, l'Église s'était attribué la connaissance de certaines affaires, notamment des questions qui avaient trait au serment. Or, comme on avait coutume de sanctionner tous les contrats d'un serment, la matière des obligations fut soumise à sa juridiction. Ce fut autant de profit pour les justiciables : les juges ecclésiastiques, pénétrés des principes du droit romain et de l'esprit d'équité, qui donna naissance à la compensation, ne tardèrent pas à lui accorder le droit de cité. Mais nos anciens coutumiers allèrent plus loin que les Romains en faisant de cette compensation, seulement judiciaire autrefois, une compensation légale. Ce système, soutenu par Cujas, comme nous l'avons déjà vu, s'accrédita rapidement et fut accepté de tous nos grands jurisconsultes.

Tel était l'état de notre jurisprudence, lorsque le Code civil vint définitivement consacrer cette théorie de la compensation légale.

L'art. 1289 définit ainsi la compensation : « Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés. »

Primus doit 100 fr. à Secundus, et Secundus de son côté doit 100 fr. à Primus : Primus est donc à la fois débiteur et créancier de Secundus, et Secundus également débiteur et créancier de Primus.

Si Primus actionne Secundus en paiement des 100 fr. qu'il lui doit, Secundus, après avoir payé, aura le droit de poursuivre à son tour Primus pour l'acquittement de sa dette ; et Primus pourra payer à Secundus les 100 mêmes francs qu'il a reçus de lui.

Il y aura donc un double paiement. De plus, Secundus court le risque, après avoir acquitté sa dette envers Primus, si ce dernier devient insolvable, de garder entre les mains une créance irrecouvrable. Enfin, dans l'espèce, on donne lieu à deux actions en justice, par suite, à des lenteurs, à des frais considérables de procédure.

C'est à ces inconvénients que les articles 1289 et 1290 ont eu pour but d'obvier, en décidant qu'il s'établirait entre les deux créances une balance qu'ils ont appelée compensation (*pensare cum*). Si les deux dettes sont égales, elles se détruisent ; si elles sont d'inégale valeur, la dette la plus forte est éteinte jusqu'à concurrence de la plus faible.

Cette idée de la compensation procède, on le voit, de l'équité et de l'intérêt des parties.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS DE LA COMPENSATION

Pour qu'il y ait compensation légale, le concours de quatre conditions est nécessaire. Il faut :

1° Que les deux dettes soient fongibles entre elles ;

2° Qu'elles soient liquides ;

3° Qu'elles soient exigibles ;

4° Que les deux parties soient personnellement et principalement créancières et débitrices l'une de l'autre.

§ 1er.

Il faut que les deux dettes soient fongibles entre elles

« La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, et qui sont également liquides et exigibles. »

Ainsi la première condition qu'exige l'article 1291, c'est que les deux dettes, si elles n'ont pas pour objet une somme d'argent, portent sur des choses fongibles de la même espèce. Cette disposition est la conséquence du principe qui est énoncé dans l'article 1243 : « Le créancier ne peut être contraint de

recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose soit égale ou même plus grande. » Or, la compensation est une sorte de paiement, un paiement fictif, il est vrai, mais qui doit rester soumis aux principes de la matière. La compensation ne pourra donc s'appliquer qu'aux choses qui pourront faire l'objet d'un paiement. Si l'on pouvait compenser une dette de corps certain avec une dette d'argent, ou deux dettes de corps certains entre elles, on arriverait en effet à une vente dans le premier cas, à un échange dans le second, et le principe fondamental de l'article 1243 ne serait pas respecté.

Il faut donc que les objets des dettes à compenser soient des choses fongibles. Mais qu'est-ce que la fongibilité ? On entend par choses fongibles des choses considérées, non dans leur individualité, mais déterminées par la classe d'êtres à laquelle elles appartiennent, et par leur poids, leur nombre ou leur mesure, *quæ pondere*, *numero*, *mensuráve constant*. Elles sont le contraire de ce qu'on appelle en droit un corps certain ; elles peuvent être remplacées les unes par les autres, *altera alterius vice fungitur*. Mais il ne suffit pas que les choses soient fongibles en elles-mêmes ; ainsi la compensation ne pourrait s'opérer entre une dette ayant pour objet du blé, et une dette ayant pour objet du vin. La loi exige, en outre, que les choses fongibles soient de la même espèce ; la fongibilité est alors une qualité relative : elle consiste dans la possibilité qu'ont deux choses de se substituer l'une à l'autre.

D'un autre côté, si l'on considère un corps certain, non comme une individualité, mais comme une unité d'un genre : des chevaux de telle race, de tel âge, par exemple, sans s'obliger à livrer tel cheval déterminé, les chevaux seront des choses fongibles. Dans ce cas, la fongibilité résulte de l'intention, de la volonté des parties. C'est ainsi que la compensation pourrait encore avoir lieu entre une dette de terres situées dans tel canton, et une autre dette de terres situées au même endroit.

Réciproquement, des choses ordinairement fongibles peuvent être envisagées individuellement, comme corps certains. Telle serait la dette d'un certain nombre de pièces de monnaie qui seraient promises individuellement. Il n'y aurait pas lieu à compensation.

En résumé, pour savoir s'il y a compensation ou non, il faut se demander si, lorsque l'un des débiteurs s'est acquitté envers son créancier en lui fournissant l'objet même de son obligation, ce créancier pourrait se libérer également de sa dette envers son aucien débiteur en lui fournissant l'objet même qu'il a reçu de lui.

Paul doit 100 fr. à Pierre, et Pierre 100 fr. à Paul ; Pierre paie 100 fr. à Paul, Paul peut acquitter sa dette avec les mêmes 100 fr. qu'il a reçus de Pierre.

Paul et Pierre se doivent mutuellement un hectolitre de blé ; Paul pourrait rendre en paiement à Pierre le même blé qu'il aurait reçu de lui.

Une dette alternative est-elle compensable ? Non, et cela, quelle que soit celle des deux parties qui ait

le choix. C'est toujours la conséquence du principe invoqué plus haut : on ne peut priver une personne du choix qui lui appartient. Il est bien entendu, du reste, qu'une fois que le choix est fait, si les deux dettes sont fongibles, la compensation aura lieu. — Bien plus, si les deux objets de l'obligation alternative sont fongibles, la dette ne pourra être compensée avant l'option ; car il y manquerait une condition que nous allons étudier plus loin : la liquidité.

Faut-il donner la même solution en matière d'obligation facultative ? La raison de douter vient de ce que cette espèce d'obligation n'a pour objet qu'une chose, la seconde étant *in facultate solutionis*. Mais, tant que le débiteur conserve la faculté de livrer l'une ou l'autre chose, il nous semble que les principes de la dette alternative doivent s'appliquer ici. Le débiteur ne doit pas purement et simplement une somme, il la doit sous cette réserve qu'il ne laissera pas l'objet *in facultate solutionis*. Mais alors la renonciation à cette faculté résultera-t-elle de la seule échéance du terme ? C'est l'avis de Marcadé (Marcadé, art 1291 n° 1) ; pour nous, nous croyons que, tant qu'un jugement ne sera pas intervenu entre les parties, le débiteur ne pourra être forcé de payer la somme d'argent plutôt que le cheval, et par conséquent ne pourra être forcé de compenser.

Quant à l'obligation contractée sous clause pénale, cette dernière n'étant que le règlement arrêté d'avance des dommages-intérêts en cas d'inexécution de la convention, la dette reste soumise à la règle générale en matière de compensation.

Les obligations de faire sont-elles compensables, lorsqu'elles ont pour objet un travail, une œuvre, une prestation de même espèce? La négative ne nous semble pas douteuse et ressort de l'art 1291 lui-même, dont les termes indiquent bien que la compensation ne s'applique qu'aux obligations de donner. L'article 1237 vient de plus singulièrement confirmer cette doctrine, en décidant que : « l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers, contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même. »

Toutefois M. Duranton (T. XII, n° 396) professe que la compensation est opposable dans les obligations de faire, pourvu que les faits qui font l'objet des deux dettes soient absolument de la même espèce. Encore faudrait-il, ajoutons-nous, qu'il fût indifférent que l'œuvre fût faite par l'un ou par l'autre. Et il n'en est pas moins vrai que le législateur n'a pas envisagé l'hypothèse des obligations de faire. (Larombière, T. III, art. 1291 ; M. Demolombe, T. IV, n° 492.)

Nous arrivons maintenant au 2e alinéa de l'article 1291, lequel est ainsi conçu : « les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles. »

Voilà une dérogation grave au principe que nous avons développé plus haut et au texte de l'article 1243 : Un fermier redevable de prestations en nature dont le prix est réglé par les mercuriales, va pouvoir compenser cette dette avec une somme d'argent que son propriétaire lui doit. Mais l'intérêt des

parties ne va-t-il pas être compromis par cette disposition? Si l'un a intérêt à recevoir du blé, par exemple, et que l'autre ait besoin d'argent? Le législateur a pensé probablement que, dans l'espèce, il serait facile aux parties de convertir soit les denrées en argent, soit l'argent en denrées; et, comme il s'ensuivait une libération plus facile, il a adopté l'assimilation. Mais cette assimilation est tout à fait exceptionnelle, *exceptiones sunt strictissimæ interpretationis*, et les denrées ne pourraient pas se compenser avec d'autres denrées d'une autre espèce ou qualité, lors même que le prix en serait également réglé par des mercuriales.

La disposition de l'article 1291 al. 2 n'est applicable qu'aux grains et denrées. Par denrées, il faut entendre toute production servant à la nourriture des hommes et des animaux.

De plus, le prix de ces denrées doit être réglé par les mercuriales, sortes de registre où les maires inscrivent le prix moyen des denrées qui sont vendues au marché. Cette disposition est sage : si l'on eût remis l'évaluation des prestations en nature à l'estimation des parties, on eût soulevé des contestations qui auraient rendu la compensation illusoire.

Enfin, il faut que les prestations en grains ou denrées soient non contestées.

Il est évident que ces mots « non contestées » ne signifient pas que l'adversaire pourrait éviter la compensation en contestant sa dette, si cette contestation n'était pas sérieuse.

Non contestées représente ici les deux autres con-

ditions dont nous parlerons plus loin. L'exception de ce 2e alinéa, en effet, n'a trait qu'à la fongibilité ; mais il reste bien entendu que les conditions de liquidité et d'exigibilité ne tiennent pas moins état. Non contestées veut dire liquides et exigibles.

Quant aux mots « peuvent se compenser », il n'en faut pas conclure que la compensation soit facultative ; ces mots, en effet, ne s'appliquent pas aux personnes, mais aux choses, et indiquent seulement qu'il y a là une exception au principe édicté plus haut.

Nous arrivons maintenant à une question qui a été l'objet d'interprétations diverses. Faut-il entendre par prestations toutes dettes de denrées, ou seulement des redevances périodiques ? MM. Aubry et Rau et M. Larombière pensent que la disposition de l'art. 1291 s'applique seulement aux redevances périodiques. Ils invoquent à l'appui de leur théorie les travaux préparatoires, et l'intention du propriétaire, qui, en stipulant des redevances périodiques, a voulu exiger un revenu en argent correspondant au prix de ces denrées, d'après le cours des mercuriales. (Aubry et Rau, t. IV, p. 226 ; Larombière, art. 1291, n° 16).

Nous n'avons pas l'intention de prétendre que la compensation serait applicable dans le cas d'une spéculation commerciale : il est de toute évidence que, si l'une des dettes sert de cause à l'autre, dans le cas de vente, par exemple, ce serait aller contre la volonté et l'intérêt des parties que de leur opposer la compensation. Mais, quelle que soit la

force des arguments des auteurs précités, il nous semble que la théorie contraire est plus conforme au vœu du législateur. En effet, il eût été facile à ce dernier de remplacer le mot prestations par le mot redevances, si telle eût été son intention. De plus, le mot prestations s'applique à toutes sortes de dettes. Enfin, le motif sur lequel est fondée l'exception de l'art. 1291 al. 2, à savoir : que le créancier d'une dette de denrées réglées par les mercuriales peut facilement se procurer ces denrées, nous engage, avec les précédentes raisons, à adopter la théorie professée par MM. Demolombe, Duranton et Marcadé. (Demolombe, n° 502, t. XXVIII; Marcadé, 1291 et 1292, n° 2; Duranton, T. XII, n° 390.)

Faut-il voir dans l'art. 129 du Code de Procédure civile une autre dérogation à l'art. 1291? Certains auteurs soutiennent l'affirmative.

L'art. 129 est ainsi conçu: « Les jugements qui condamneront à une restitution de fruits, ordonneront qu'elle sera faite en nature pour la dernière année ; et, pour les années précédentes, suivant les mercuriales du marché le plus voisin, eu égard aux saisons et aux prix communs de l'année, sinon à dire d'experts, à défaut de mercuriales. Si la restitution en nature pour la dernière année est impossible, elle se fera comme pour les années précédentes. »

On a prétendu que, du moment que cet article exige une restitution en nature pour la dernière année, il excluait la compensation.

« Comme il ne faut pas confondre, dit M. Larombière, avec une prestation en grains ou en denrées,

une condamnation à une restitution de fruits, il n'y a point lieu, dans l'hypothèse de l'art. 129, à compensation légale, ni avec les fruits de la dernière année, ni même avec ceux des années précédentes. » (T. III, art. 1291, n° 12 ; *Sic:* Toullier, T. IV, n° 367 ; Duranton, T. XII, n° 370.)

Nous croyons toutefois devoir rejeter cette opinion, d'abord à raison de la théorie que nous avons adoptée plus haut. Le mot prestations s'appliquant à toutes sortes de dettes, nous ne voyons pas pourquoi une dette de restitution de fruits en serait exclue.

D'autre part, l'art. 129 est absolument étranger à notre matière. Il envisage l'hypothèse d'une restitution de fruits, et il décide que les fruits de la dernière année seront restitués en nature, parce qu'il y a présomption qu'ils n'ont pas encore été consommés ; mais que les fruits des années précédentes seront restitués en argent, parce qu'il y a présomption qu'ils ont été consommés.

Mais il ne parle pas de la façon dont cette dette pourra s'éteindre, et nous ne voyons pas pourquoi elle ne serait pas soumise aux règles d'extinction des obligations. Or la compensation légale est un mode d'extinction des obligations. (Marcadé, art. 1291 n° 11 ; Demolombe, T. XXVIII, n° 504 ; Cass., 24 février 1852, D. 52, 1, 45 ; Cass., 8 mai 1875, D. 55, 1, 224.)

Nous avons déjà dit plus haut que des denrées ne pourraient pas se compenser avec d'autres denrées de qualité ou d'espèce différentes. Certains auteurs cependant ont soutenu l'opinion contraire, en se

basant sur cet argument que, puisqu'une dette de denrées réglées par les mercuriales est assimilable à une somme d'argent, deux dettes de denrées également réglées par les mercuriales, même d'espèces différentes, devaient être compensables. Deux quantités égales à une troisième sont égales entre elles. (Zachariæ, § 326 ; Marcadé, art. 1291, n° 2 ; MM. Massé et Vergé sur Zachariæ, T. III. p. 455 note 5.— *Contrà:* M. Demolombe, n° 508,T. XXVIII ; MM. Aubry et Rau, T. IV, p, 224 ; M. Larombière, T. III, art. 1291, n° 11 ; M. Colmet de Santerre, T. V n° 242 *bis* XV.) Mais nous avons pour nous l'al. 2 de l'art. 1291, article d'exception qui ne doit pas être étendu à des cas non prévus par le texte. D'autre part, le motif qui a poussé le législateur à assimiler une somme d'argent à une dette de denrées sur la facilité qu'auraient les deux parties à transformer leur argent en denrées et réciproquement, nécessiterait ici une opération de plus.

Enfin une dernière observation sur cette matière pour finir : si le créancier des denrées avait un intérêt légitime à repousser la compensation, en offrant le paiement immédiat de sa dette en argent, et spécialement au cas où il s'agirait d'un achat de denrées conclu entre commerçants dans un but de spéculation commerciale, la compensation devrait être écartée.

Les parties pourraient donc, par une clause expresse, exclure cette espèce de compensation comme toute autre.

Nous irons même plus loin en disant que rien

ne s'opposerait à ce que les juges, d'après les circonstances, admissent que les parties ont tacitement renoncé à cette compensation. Dans le cas, par exemple, d'une dette de denrées destinées à l'ensemencement des terres.

§ 2.

Il faut que les deux dettes soient liquides

Une dette est liquide lorsqu'il est constant qu'il est dû et combien il est dû : *cum certum est an et quantum debeatur*. Deux éléments constituent donc la liquidité : 1° la certitude de son existence, 2° la détermination de sa quotité. Mais, l'un ou l'autre de ces deux éléments peuvent faire défaut. Une dette peut être certaine quant à son existence, et sa quotité n'être pas déterminée ; réciproquement une dette peut être déterminée quant à sa quotité, sans que son existence soit certaine : dans ces deux cas la dette n'est pas liquide.

Mais, pour n'être pas liquide, une dette n'en est pas moins existante : la liquidité ou la non-liquidité n'empêche pas la coexistence des deux dettes, et du moment que la compensation s'opère du jour de cette coexistence, de plein droit, cette condition ne devrait pas lui faire obstacle. L'existence de la dette n'est pas certaine ; qu'importe, puisque la compensation s'opère à l'insu des parties, si plus tard la contestation de l'une d'elles est déclarée rétroactivement mal fondée. De même, la quotité n'est pas déterminée ;

qu'importe, puisqu'elle le sera plus tard. En somme, une dette existe toujours, et sa quotité est toujours déterminée ; seulement les parties peuvent l'ignorer ou n'être pas d'accord, et c'est justement la liquidation qui démontre cette quotité et cette existence. Pourquoi ne rétroagirait-elle pas au jour de la coexistence ?

Le droit romain exigeait bien que les deux dettes fussent liquides ; mais le droit romain avait ses raisons pour cela. A Rome, la compensation était judiciaire seulement, et, avant tout, on voulait empêcher un plaideur de mauvaise foi d'échapper à une condamnation imminente, en opposant en compensation d'une dette certaine une créance d'une discussion longue et difficile.

Telles sont les objections que l'on pose à cette deuxième condition de notre compensation (Duranton, *Revue du droit français et étranger* 1846, p. 862).

Cependant cette condition n'est peut-être pas dénuée de tout fondement. On conçoit certainement que la règle romaine, conservée par nos coutumiers, soit entrée dans notre droit, surtout avec cette pensée d'empêcher que la compensation ne fût une prime d'encouragement aux mauvaises chicanes, dans l'espoir de retarder une condamnation inévitable. De plus, il ne faut pas oublier que la compensation est un double paiement fictif. Dès lors que l'une des dettes n'est pas liquide, elle n'est pas actuellement payable et par conséquent pas compensable. Le créancier de la dette liquide verrait sa créance dégénérer en une créance à terme par suite de la

liquidation de la créance de son débiteur. Son paiement serait reculé dès lors sous prétexte que son débiteur est en même temps son créancier. Cette solution n'a pas paru équitable au législateur, et c'est pour cela qu'il a fait de la liquidité une condition de la compensation.

C'est dans l'origine de cette condition que nous trouverons l'explication des tempéraments qui ont été apportés par la jurisprudence dans la pratique.

Nous avons déjà dit que deux éléments constituent la liquidité de la dette. Etudions le premier, la certitude de l'existence de la dette.

1° Il faut que la dette soit certaine dans son existence. En effet, il ne serait pas équitable qu'une dette litigieuse pût compenser une dette évidente (Cass., 11 novembre 1851 ; D. 51, 1, 317). Peu importe, du reste, le motif qui rend cette dette incertaine. Mais, si une dette contestée ne doit pas être admise en compensation, le juge ne devrait pourtant pas s'arrêter à une contestation de mauvaise foi, s'il voyait clairement que la dette est certaine. Et, dans ce cas, l'effet de la compensation rétroagirait au jour de la coexistence des deux dettes, pour les éteindre toutes les deux (Cass., 12 janvier 1841; S. 41, 1, 129). Bien entendu, il n'est pas nécessaire que la dette soit reconnue par les deux parties; mais il appartient au juge de décider, d'après les circonstances, si la contestation offre des arguments assez sérieux pour rendre son existence douteuse. Si, du reste, la partie qui oppose la compensation, a en main la preuve de

l'existence de la dette contestée, il lui sera permis de justifier sa créance, pourvu qu'elle le fasse promptement et sommairement.

2° Il faut que la quotité de la dette soit déterminée. Une dette dépendant d'un règlement de compte ou d'une estimation ne sera donc pas compensable (Agen, 24 juillet 1865 ; D. 65, 2, 189). Si Paul réclame de Pierre 10,000 fr. en vertu d'un titre, et que Pierre oppose un compte de gestion d'affaires ou de tutelle, la première créance étant exigible, tandis que la seconde n'est pas liquidée, la compensation n'aura pas lieu. Et cette solution doit être étendue même au cas où certaines parties de compte seraient liquides, car ces dernières ne sauraient en être séparées. En sorte que c'est le résultat final du compte, le reliquat, qui doit être liquide. De même dans un compte courant, car chaque versement produit une créance qui n'est ni liquide ni exigible, tant qu'il n'y a pas eu règlement définitif. Les parties peuvent, du reste, par une convention particulière, affecter tel versement à l'extinction d'une dette antérieure ; mais alors ce versement est placé en dehors du compte courant.

Le créancier, possesseur d'une créance liquide et exigible, peut donc réclamer d'être payé immédiatement, tandis que son débiteur, créancier envers lui d'une somme non liquide, est forcé d'attendre la liquidation. Mais, si le premier créancier donne lieu de craindre qu'il ne soit insolvable lors de la poursuite de son créancier, celui-ci va-t-il donc être victime de la rigueur de la loi ? La jurisprudence a

apporté certains tempéraments à cette situation, et la doctrine s'est ralliée à elle. On a admis que la compensation aurait lieu dans le cas où la dette, non liquide actuellement, serait facilement et promptement liquidable. (Cass., 19 déc. 1871, S. 72, 1, 230; Cass., 13 janv. 1874, S. 75, 1, 351; Cass., 7 fév. 1883, D. 83, 1, 473.) Mais alors, a-t-on objecté, vous n'êtes plus en face d'une compensation légale, opérant de plein droit, à l'insu des parties, rétroagissant au jour de la coexistence des deux dettes, mais bien d'une compensation judiciaire, à laquelle vous attachez des effets, propres seulement à la compensation de plein droit. (Bigot-Préameneu et Treilhard, *Disc. au Conseil d'État*; Locré, *Législ. civ.*, T. XII, p. 186-187; Desjardins, p. 393-394). Nous répondrons que le mot liquide, objet de la discussion, a été transporté par nos anciens auteurs, des pays de droit écrit, pays de compensation judiciaire, dans les pays de coutume, pays de compensation légale; et que, dans la discussion du Conseil d'État, la compensation qu'on proposait d'étendre aux créances faciles à liquider, n'était pas la compensation judiciaire, mais la compensation de nos anciennes Coutumes, celle de plein droit. Enfin, ne peut-on pas justifier la théorie de la jurisprudence par l'art. 1244 al. 2, qui accorde au juge un pouvoir discrétionnaire de donner au débiteur des délais modérés pour le paiement, par suite, dans l'espèce, pour laisser le temps à ce débiteur d'établir sa créance facilement et promptement liquidable?

Nous reconnaîtrons donc au juge le pouvoir de

traiter comme liquide une dette facilement et promptement liquidable. (Demolombe, n° 523, T. XXVIII; Toullier, T. VII, n° 411; Zachariæ, Massé et Vergé, T. III, § 571, note 7.) C'est ainsi que la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 février 1819 (S. 1819, 1, 279), a décidé que la créance d'un médecin pour ses visites était liquide dans le sens de l'article 1291, lorsque, étant reconnue au fond, la quotité pouvait être déterminée sans autre retard que celui du règlement du mémoire par le jury médical.

Un arrêt de la même Cour du 22 août 1865 (S. 1866, 1, 153) a également décidé qu'une créance dont le chiffre pouvait être déterminé sans difficulté et sans retard, notamment par la simple présentation de mémoires taxés et de quittances d'officiers ministériels, était susceptible de compensation.

En raison ces dettes sont liquides, parce que le règlement de leur quotité dépend d'un simple calcul: elles sont virtuellement liquides.

Enfin citons encore un arrêt de la Cour de Paris du 13 mai 1830 (D. 1830, 2, 253), qui a décidé que, lorsque deux entrepreneurs avaient en même temps exécuté des travaux l'un pour l'autre, les prix de ces travaux se compensaient entre eux, encore que leur montant définitif ne fût pas arrêté, s'il était facile à reconnaître par le règlement des travaux. Voici l'espèce : un des entrepreneurs étant tombé en faillite, les syndics actionnèrent l'autre en paiement de travaux. Celui-ci opposa la compensation de sa dette avec celle du failli. Les syndics répondirent que, la

compensation n'ayant lieu qu'entre dettes liquides, elle n'était pas recevable dans le cas présent.

Le jugement du tribunal de commerce, confirmé avec adoption de motifs par la Cour d'appel, admit la compensation par les motifs que les travaux avaient été exécutés, respectivement et en même temps, par les deux parties ; que les prix en étaient dus simultanément, et que, si leur montant définitif n'était pas arrêté entre les parties, il était facile à connaître par le règlement des travaux.

Toutefois cette solution nous paraît extrême ; et il serait à craindre qu'en ne s'arrêtant pas à une certaine limite, on ne franchît la ligne de démarcation qui sépare la compensation légale de la compensation judiciaire.

Suivant M. Demolombe, n° 527, on aurait pu mieux motiver cette décision, en admettant entre les entrepreneurs l'existence d'une convention tacite, en vertu de laquelle ils se paieraient respectivement en travaux, au lieu d'argent.

L'appréciation de la liquidité est laissée tout entière aux tribunaux, en tant qu'il s'agit de questions de fait ; mais la Cour de cassation reprend son autorité suprême, lorsque la liquidité a pour base un point de droit (Cass. 28 mai 1873, S. 74, 1, 79).

§ 3

Il faut que les deux dettes soient exigibles

La troisième condition pour qu'il y ait compensation est l'exigibilité des deux dettes. C'est encore

une conséquence de l'assimilation de la compensation au paiement ; or, pour qu'on puisse forcer quelqu'un à payer, il faut que sa dette soit exigible : donc la compensation, qui n'est autre chose qu'un double paiement fictif, ne pourra s'opérer qu'entre deux dettes qui soient l'une et l'autre exigibles (Rouen, 20 janv. 1853 ; D. 53, 5, 91).

Il est dès lors évident qu'une dette à terme ne sera pas compensable avec une dette actuellement exigible. En effet, enlever à un débiteur le bénéfice du terme serait lui faire payer plus qu'il ne doit. Cependant cette disposition n'est pas applicable au terme de grâce, terme accordé par le juge au débiteur malheureux ; car l'impossibilité de payer pour ce débiteur a cessé du jour où il est devenu lui-même créancier de son créancier, et il serait injuste de forcer ce dernier à payer au risque de se trouver plus tard en face d'un insolvable. Cette règle est écrite dans l'art. 1292 ainsi conçu : « Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation. »

Aux termes des art. 1188 du Code civil et 444 du Code de commerce, le failli est déchu du bénéfice du terme, et ses dettes deviennent exigibles à partir du jugement déclaratif de faillite. Mais l'art. 443 du même Code, en décidant que ce même jugement entraîne, de plein droit, pour le failli, dessaisissement de l'administration de tous ses biens, rend la compensation impossible ; car le paiement ne peut plus s'opérer au préjudice des droits acquis à la masse des créanciers du failli. (Cass., 17 fév. 1823 (S. 24, 1, 82) ; Poitiers, 27 mars 1884, D. 86, 2, 17;

Cass., 14 mars 1854, D. 54, 1, 132; Cass., 9 juil. 1860, D. 60, 1, 308.) En effet, si la compensation était opposable, ces créanciers recevraient en paiement tout ce qui leur est dû, alors que les autres créanciers chirographaires ne seraient payés qu'au marc le franc. Cette solution s'applique tant aux dettes civiles qu'aux dettes commerciales.

Dans le cas même où le failli aurait obtenu son concordat, la compensation ne pourrait lui être opposée; car, une fois que les dividendes promis ont été payés, les créanciers n'ont plus d'action pour obtenir le complément de leurs créances.

Dans l'hypothèse de la déconfiture d'un non-commerçant, qui emporte, aux termes de l'article 1188, déchéance du terme, la compensation peut s'opérer, mais seulement à partir du jugement qui a constaté cette déconfiture. — La même solution s'applique à l'exigibilité anticipée, qui résulte de ce que le débiteur a diminué, par son fait, les sûretés qu'il avait données, par le contrat, à son créancier.

Quant à la cession de biens, elle empêche la compensation, qui ne pourrait avoir lieu qu'au préjudice des créanciers dont la position a été fixée.

Une dette conditionnelle peut-elle entrer en compensation? Il faut distinguer : si la dette est sous condition suspensive, elle n'existe pas encore, donc elle ne peut être opposée. Mais, si elle est sous condition résolutoire, la dette existe, ce n'est plus que la résolution qui est sous condition suspensive : la règle générale doit donc être appliquée, quitte, si la condition se réalise, à être considérée comme

non avenue (Cass., 20 janvier 1858; S. 58, 1, 309).

Quid d'une dette naturelle ? La compensation est impossible ; en effet, le créancier n'a pas d'action pour se faire payer d'une telle dette, qui ne peut jamais être acquittée que volontairement.

Les dettes sujettes à une action en nullité ou en rescision sont-elles compensables ? Tant que la nullité ou la rescision n'a pas été prononcée, le principe général doit être appliqué. A plus forte raison, si la nullité a été couverte par la prescription, ou si l'obligation a été ratifiée. Si la nullité ou la rescision a été prononcée dans la suite, la compensation sera rétroactivement annulée, et nous nous trouverons dans l'espèce d'une dette sous condition résolutoire, dont la condition s'est réalisée.

Que faut-il décider d'une dette prescrite ? Et d'abord élucidons bien notre hypothèse. Il ne s'agit pas naturellement du cas où une dette a été jugée prescrite, avant la naissance de l'autre dette, mais du cas où, le laps de temps nécessaire à la prescription s'étant accompli, et cette prescription n'ayant pas été opposée par le débiteur, ce dernier est devenu à son tour créancier de son créancier.

Certains auteurs admettent la négative en se fondant sur un argument historique, qu'en droit romain et dans notre ancien droit, la compensation n'était pas opposable, lorsqu'il existait une exception péremptoire, opposable par l'un des débiteurs. (Delvincourt, T. II, p. 581 ; Duranton, T. XII, n° 408 ; Aubry et Rau, T. IV, p. 228. — *Contrà:* Demolombe, n° 544 ;

Marcadé, art. 1291, n° 4 ; Larombière, T. III, art. 1291, n^os 24-25.)

Cependant, nous préférons l'opinion contraire, et voici nos raisons : la prescription n'opère pas *ipso jure* l'extinction d'une obligation ; il faut au contraire qu'elle soit invoquée par le débiteur. Tant qu'elle n'a pas été opposée, la dette existe toujours : si donc celle-ci se rencontre avec une autre dette, il doit y avoir compensation. Que si le débiteur fait prononcer la prescription, la compensation sera rétroactivement non avenue. La compensation sera donc à la merci de cette condition résolutoire, si le débiteur n'oppose pas la compensation.

§ 4

Il faut que les deux parties soient personnellement et principalement créancières et débitrices l'une de l'autre (Cassation, 20 avril 1885. D. 85, 1, 198).

Cette condition découle du texte de la loi qui décide que la compensation s'opère « lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre » (art. 1289) ; et du texte de l'art. 1294, qui, en interdisant au débiteur principal la compensation de ce que le créancier doit à la caution, montre bien qu'il ne suffit pas que les deux parties soient personnellement débitrices l'une envers l'autre, mais qu'il est nécessaire, en outre, qu'elles le soient principalement. Ainsi il faut que le créancier de l'une des dettes soit personnellement et principalement débiteur de l'au-

tre; et, réciproquement, que le créancier de cette dernière dette soit personnellement et principalement débiteur de la première.

On a coutume d'exprimer cette condition en disant que les créances et les dettes à compenser doivent être personnelles à celui qui oppose, et à celui auquel est opposée la compensation. Mais, comme le font très bien remarquer MM. Aubry et Rau dans leur note 20, p. 229, cette expression est inexacte en ce qu'elle tend à confondre la compensation elle-même et le droit d'opposer une compensation opérée, ce qui est tout autre.

Avant de passer à l'étude des applications que le législateur a faites de cette règle, dans les articles 1294 et 1295, nous allons examiner certaines hypothèses qui sont régies par le droit commun.

La compensation n'a pas lieu entre ma dette et une créance due à un tiers étranger. De même, je ne puis opposer à mon créancier ce qui m'est dû par un tiers.

Pareillement, il n'y aura pas de compensation entre la dette et la créance d'une personne qui se trouve à la fois créancière ou débitrice du tuteur, et débitrice ou créancière du pupille de celui-ci. C'est qu'en effet le tuteur représente ici deux personnes distinctes, la sienne propre et celle du pupille.

L'administrateur ou le mandataire d'un tiers ne pourrait pas opposer, en compensation de sa dette, la créance que son créancier devrait à ce tiers; pas plus que la dette envers un tiers, avec la créance que ce premier débiteur aurait contre les enfants ou la femme de ce tiers.

De même, il a été jugé par la Cour de Paris, 15 décembre 1855 (S. 1856, 2, 225), que la distraction des dépens prononcés au profit des avoués a pour effet de leur donner le droit de se faire payer par la partie condamnée, sans que celle-ci puisse leur opposer ni compensation, ni saisie-arrêt, ni aucun engagement antérieur de leur client.

Une question plus grave est celle de savoir si le mari débiteur envers un tiers peut lui opposer la compensation de ce que ce tiers doit à sa femme.

Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale, l'affirmative doit être admise; car la créance de la femme, en tombant dans la communauté, est devenue créance du mari. Mais, s'ils sont séparés de biens, chaque époux conservant la propriété distincte de ses biens, la compensation ne sera pas opposable.

Sous le régime dotal, nous admettons la compensation en ce qui concerne les revenus dotaux, dont la créance appartient personnellement au mari. Mais cette solution ne doit pas être étendue aux créances dotales. Le mari n'est pas le *dominus dotis*, mais seulement un administrateur, et la créance de la femme ne peut en aucun cas lui devenir personnelle. Il n'est propriétaire en effet que des choses payées; et, tant que la créance n'a pas été payée, elle est un corps certain, déterminé, qu'il a seul qualité pour recevoir, mais qui ne lui appartient pas. Enfin, l'article 1567 nous fournit un argument de plus. En décidant que la femme supportera les retranchements ou la perte des obligations ou constitutions de rente de sa dot,

lorsqu'on ne pourra les imputer à la négligence du mari, cet article montre bien, en effet, que c'est la femme qui est restée propriétaire de la créance. Donc le mari n'est pas devenu créancier personnel. — Notre solution serait la même en cas de régime exclusif et de communauté. (*Sic* : Larombière, T. III, art. 1291 n° 4 ; Demolombe, n° 564. — *Contrà* : Duranton, T. XII, n° 415 ; Trolong, *du Cont. de Mar.*, T. II, n°s 5240 et suiv. ; Rodière et Pont, *du Contr. de Mariage*, T. II, n° 573.)

L'associé peut-il opposer la compensation de sa dette personnelle envers un tiers avec la dette de ce tiers envers la société?

En matière de société commerciale, la négative est professée par les auteurs. La société commerciale constitue une personne morale, distincte des associés, et, par suite de notre principe, la compensation n'est pas admissible. (Cass., 14 mars 1860, D. 60, 1, 171 ; Cass., 20 avril 1885, D. 85, 1, 198 ; Cass., 20 juill. 1874, D. 77, 5, 102 ; Rouen, 26 janv. 1877, D. 77, 2, 90 ; Cass., 13 mai 1879, D. 80, 1, 29.)

Mais, en matière de société civile, il y a une question préjudicielle à résoudre : la société civile est-elle une personne morale ou non ? Les auteurs se sont divisés sur ce point, et par suite les solutions données sur notre question ont varié.

MM. Demolombe et Larombière, en reconnaissant à la société civile le caractère d'une personne morale, refusent à l'associé la compensation, même pour la part dont il profite individuellement dans les

créances de la société. (Demolombe, n° 566 ; Larombière, art. 1291, n° 6.)

MM. Aubry et Rau, au contraire, dans leur note 22, p. 230, admettent la compensation de la dette de l'associé pour la part qui lui compète dans la créance de la société. Ils dénient en effet, à la société civile, la personnalité morale.

Dans le cas d'acceptation pure et simple d'une hérédité, la compensation s'opère sur la tête de l'héritier, mais seulement pour la part et portion civile de ce dernier. — Il peut même arriver que la compensation résulte de cette acceptation pure et simple, alors qu'elle n'aurait pas pu avoir lieu sans cela. Par exemple, le débiteur d'un tiers a accepté purement et simplement la succession du *de cujus*, qui était lui-même créancier de ce tiers.

L'article 1294 est ainsi conçu : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal ;

Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. »

D'après le premier alinéa de l'art. 1294, c'est le débiteur principal qui devient créancier de son propre créancier. La caution va opposer la compensation. Celle-ci s'est, en effet, opérée de plein droit entre le créancier et le débiteur principal : la dette de ce dernier est donc éteinte, et l'accessoire n'a pu survivre à la dette. Du reste, l'art. 1294, premier

alinéa, ne fait que confirmer l'art. 2036, aux termes duquel la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions du débiteur principal qui sont inhérentes à la dette.

L'art. 2, au contraire, prévoit le cas inverse. La caution est devenue créancière du créancier, et la loi refuse au débiteur principal la faculté d'opposer à son créancier la compensation de la créance de sa caution. En effet, la personnalité directe et principale des dettes fait ici défaut : la caution n'est engagée que pour la dette d'un autre, non pour la sienne propre. De plus, la caution ne s'est obligée à payer que si le débiteur principal faisait défaut, et il ne serait pas équitable que la caution payât le créancier par la compensation opérée, sauf son recours contre le débiteur qu'elle a cautionné.

Mais, si après avoir discuté les biens du débiteur principal, le créancier poursuit la caution, celle-ci pourra lui opposer la compensation. Ce ne sera pas, il est vrai, un cas de compensation légale, car nous sommes en dehors de la quatrième condition exigée pour cela, mais un cas de compensation facultative, dont les effets ne dateront que du jour où elle aura été opposée. La dette ainsi acquittée, la caution aura droit de recours d'autant contre le débiteur principal.

La même solution doit être appliquée au cas où, sans discussion préalable des biens du débiteur, le créancier s'adresserait directement à la caution.

Enfin l'al. 3 interdit au codébiteur solidaire la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

Ce dernier alinéa est en contradiction avec l'article 1290.

Prenons une espèce pour plus de clarté : Primus et Secundus sont débiteurs solidaires envers Tertius de 100 fr., Tertius devient débiteur envers Primus de 100 fr. ; Tertius poursuit Secundus, et, aux termes de l'art. 1294 al. 3, Secundus ne pourra se prévaloir de la compensation entre la créance de Primus et celle de Tertius. Or l'art. 1290 décide que la compensation s'opère de plein droit entre les parties, à leur insu, du jour où les créances ont coexisté : donc, dans l'espèce, la compensation s'est effectuée, par suite, Primus a payé Tertius et Secundus est libéré.

Cette objection est grave ; mais le principe de l'art. 1294 al. 3 est resté intact, et nous allons exposer les raisons qui ont poussé le législateur à cette solution.

Dans la discussion au Tribunat, l'orateur (Fenet, T. XIII, p. 162) fit valoir cet argument que, si on pouvait opposer la compensation de ce qui serait dû à un autre qu'à soi-même, cet autre fût-il un codébiteur solidaire, ce serait s'engager dans des difficultés sans nombre. En effet, ce tiers serait engagé malgré lui dans des procès, pour discuter si la dette existe, jusqu'à quel point elle existe, si elle est susceptible de compensation,ce qui pourrait n'être qu'un prétexte pour retarder le paiement de la dette.

De plus, chaque débiteur solidaire est débiteur principal à l'égard du créancier, et les codébiteurs entre eux sont respectivement cautions les uns des autres.

Or nous venons de voir que le débiteur principal ne peut opposer en compensation la créance que la caution a contre le créancier. Cette analogie résulte suffisamment du mot « pareillement », qui relie l'al. 3 de l'art. 1294 à l'al. 2 du même article.

Telle était la doctrine de Pothier (Pothier, T. II n° 274).

Enfin, d'après l'art. 1200, chacun des codébiteurs solidaires peut être contraint pour la totalité, et, par son paiement, libère ses codébiteurs. Le créancier a le droit de poursuivre celui des codébiteurs qu'il lui plaît : or ce droit de choisir lui serait enlevé, si l'on pouvait se prévaloir de la compensation de son codébiteur.

Mais au moins le codébiteur ne peut-il pas opposer la compensation pour la part dont son codébiteur est tenu dans la dette ?

Ainsi, dans notre espèce, Secundus pourra-t-il opposer la compensation pour 50 fr., part dont Primus est tenu dans la dette ?

Certains auteurs des plus autorisés, ont soutenu cette thèse, qui a été confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 24 décembre 1834. Mais ces auteurs, à notre avis, ont sacrifié la littéralité des termes de la loi à une considération pratique qui, selon nous, ne peut prévaloir. (Toullier, T. III, n° 733 et T. VII, n° 377 ; Duranton, n° 430, T. XII ; Marcadé, art. 494; Aubry et Rau, T. III, p. 20 ; Larombière, T. III, art. 1294, n° 5 ; Cass., 24 déc. 1834, S. 35, 1, 141.— *Contrà:* Demolombe, T. III *des Contrats*, n° 401 ; Colmet de Santerre, T. V, n° 142 *bis* III ; Cass., Belgique, 13 juin 1872, S. 74, 2, 297.)

Si Secundus paie 100 fr. à Tertius, disent-ils, il va devenir créancier envers son codébiteur Primus de 50 fr. Or Tertius étant lui-même débiteur de Primus, Secundus pourra former une saisie-arrêt entre ses mains. Donc Tertius devra rendre 50 fr. sur les 100 fr. qu'il a reçus de Secundus. N'est-il pas plus simple qu'il ne les reçoive pas?

C'est une confusion regrettable entre la saisie-arrêt et la compensation. Cette dernière est en effet un paiement intégral, tandis que la saisie-arrêt ne donne aucun privilège au créancier opposant, qui vient seulement au marc le franc avec les autres créanciers. Si donc Tertius est insolvable, Secundus devra subir le concours des autres créanciers de Tertius, tandis que, dans le système adverse, il serait intégralement payé au préjudice de ces mêmes créanciers.

En second lieu, la disposition de la loi est formelle.

Enfin, le motif même qui a poussé le législateur à refuser la compensation pour le tout, s'oppose à la compensation partielle. En effet, ce danger de contestation, cette immixtion du codébiteur créancier du créancier n'en existe pas moins dans cette espèce. Au lieu de discuter sur le tout, on discutera simplement sur une partie : c'est la seule différence.

En résumé, nous concluons que la compensation ne pourra être opposée par le codébiteur solidaire, ni pour le tout, ni pour partie : c'est une exception purement personnelle.

Mais que faudra-t-il décider en présence d'une

caution solidaire? Primus doit à Tertius 100 fr.; Secundus s'est porté solidaire du débiteur, et Tertius devient débiteur de 100 fr. à l'égard de Primus.

Si l'on applique l'al. 1 de l'art. 1294, Secundus pourra opposer à Tertius la compensation.

Si l'on applique l'al. 3, Secundus, au contraire, ne pourra s'en prévaloir.

Le nœud de la question consiste, en effet, à savoir si la caution solidaire participe de la caution ou du débiteur solidaire.

Une opinion (Duranton, n° 332 ; Marcadé, T. IV, n° 840) enseigne que c'est le 3e alinéa qu'il faut appliquer, et que la caution solidaire n'est autre chose qu'un débiteur solidaire.

Elle argumente de l'article 2021 ainsi conçu : « La caution n'est obligée, envers le créancier, à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. » Or, l'article 1294 al. 3 interdit au débiteur solidaire la compensation de ce que le créancier doit à son co-débiteur. Donc la caution solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur.

Du reste, si l'on analyse bien la caution solidaire, l'on voit qu'à l'égard du créancier, c'est la solidarité qui ressort. La caution solidaire n'est, par rapport au

créancier, qu'un débiteur solidaire : donc elle tombe sous l'al. 3 de l'article 1294. Peu importe qu'à l'égard du débiteur, au contraire, la caution solidaire ne soit qu'une caution qui, au lieu de participer pour sa part dans la dette, aura un recours pour le tout contre le débiteur. La compensation devant être opposée au créancier, ce sont les rapports de la caution solidaire avec le créancier qui doivent être envisagés et réglés par la loi, et non les rapports de la caution solidaire et du débiteur, qui ne peuvent être opposés au créancier.

M. Demolombe (T. 4, n° 557) soutient la thèse contraire. Il objecte aux partisans du système précédent qu'ils étendent les termes de la loi. La loi dit, en effet, le débiteur solidaire ; pourquoi alors la caution solidaire? Pourquoi étendre un texte exceptionnel, qui doit être interprété strictement?

Qu'elle ait renoncé au bénéfice de discussion, peu importe, elle n'en est pas moins caution. Le créancier peut la poursuivre sans discuter préalablement les biens du débiteur; mais, si ce dernier devient créancier à son tour de son créancier, la dette s'éteint par compensation, et la caution, l'accessoire, est libérée (art. 2034).

D'autre part, M. Colmet de Santerre (T. V, n° 246 *bis* IV) fait observer que l'article 2021 concerne les rapports de la caution solidaire et du créancier, mais ne vise pas les effets du cautionnement solidaire, par rapport au débiteur principal. Et il s'agit de savoir si la règle de l'article 1294 est en faveur des créanciers ou des codébiteurs. (*Sic :*

Toullier, T. VII, n° 376 ; Aubry et Rau, §§ 423 et 428; Toulouse, 14 août 1818, S. 19, 2, 221.)

Or, c'est l'intérêt des codébiteurs, et non pas celui des créanciers, qui a motivé l'al. 3 de l'article 1294.

Mais, nous l'avons déjà dit, ce sont justement les rapports du créancier et de la caution solidaire qu'il faut considérer, lorsqu'on parle de compensation. De plus, que signifierait le mot solidaire, s'il n'était écrit en faveur seulement du créancier, puisque les droits de recours de la caution, même solidaire, restent entiers à l'égard du débiteur ?

Malgré la subtilité de ce système, soutenu par de très bons esprits, nous nous rallions à la première opinion, qui nous semble moins s'écarter du texte de la loi.

En ce qui concerne la solidarité passive, la compensation est-elle opposable à un créancier dont le cocréancier solidaire est devenu à son tour débiteur du débiteur ?

Nous optons pour l'affirmative. En effet, le paiement fait par le débiteur à l'un des créanciers solidaires le libère à l'égard des autres : donc, la compensation, qui n'est autre chose qu'un paiement fictif, doit libérer le débiteur ; donc, elle est opposable au cocréancier, pourvu que celui-ci n'ait pas poursuivi avant l'accomplissement de la compensation.

On a voulu objecter l'article 1294, mais cet argument ne porte pas, d'autant que cet article ne s'applique qu'aux débiteurs solidaires, et qu'il ne peut être étendu à raison de sa disposition exceptionnelle.

Alors on a dit que le débiteur ne pouvait opposer au mandant la compensation de ce que le mandataire lui doit.

Il est facile de répondre : les créanciers solidaires sont réciproquement mandataires les uns des autres ; or, un débiteur peut opposer au mandataire la compensation de ce que lui doit le mandant. Du reste, le mandat qui résulte de la solidarité ne supporte pas d'assimilation avec le mandat ordinaire. Il est irrévocable, et le débiteur a également un droit irrévocable de choisir le créancier dans les mains duquel il veut se libérer. Or, le débiteur ne pourrait payer entre les mains du mandataire ordinaire malgré le mandant. (*Sic :* Demolombe, T. III, *Des Contrats*, n° 193 ; Duranton. T. XI, n° 178 ; Colmet de Santerre, T. V, n° 130 *bis*, IV ; Larombière, T. II, art. 1198, n° 8.)

L'article 1295 est ainsi conçu : « Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.

« A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche pas la compensation des créances postérieures à cette notification. »

Primus a contre Secundus une créance de 100 fr. ; il céde cette créance à Tertius, et la cession est parfaite, soit par l'acceptation de Secundus, soit par la notification qui lui est faite.

Puis Primus devient débiteur envers Secundus de 100 fr.

Il n'y aura pas lieu à compensation. En effet, si Primus est actuellement débiteur de Secundus, il n'en est plus créancier ; et, si Tertius est créancier de Secundus, il n'en est pas débiteur. Il n'y a pas personnalité réciproque des deux dettes.

Il est bien évident, toutefois, que si c'était Tertius qui devenait débiteur de Secundus, la compensation s'opérerait entre le cédé et le cessionnaire.

Supposons que le cédant était, avant la cession, débiteur du cédé, mais que sa dette n'était pas encore exigible. La compensation n'aura pas lieu davantage. En effet, la dette de Primus n'étant pas exigible, la compensation n'a pu s'opérer, et la cession a efficacement transporté la créance. Mais il faut, bien entendu, que le transport de créance soit parfait ; car, tant qu'il n'est pas opposable aux tiers, le débiteur cédé pourrait payer entre les mains de son créancier et par suite compenser.

Il y a deux moyens qui rendent parfaite la cession de créance :

La signification du transport au débiteur ;

L'acceptation du transport par le débiteur.

Le transport a-t-il lieu par signification ? il n'y a que les créances postérieures à cette signification qui ne soient pas compensables. Celles du cédé contre le cédant, intervenues avant la cession, ou même après, mais avant la notification, ont été éteintes de plein droit, et le cédant n'a rien transmis au cessionnaire (Bastia, 10 mars 1856 ; D. 56, 2, 178).

Le débiteur cédé a-t-il accepté purement et simplement ? Il ne va plus pouvoir opposer de compensa-

tion, même pour les créances antérieures, qui avaient été éteintes par la compensation (Cass., 2 août 1847 ; D. 47, 1, 315).

Cette différence s'explique facilement : la signification est un acte étranger au cédé, qui, s'il eût été consulté, eût peut-être préféré rester débiteur de son premier créancier. Tandis que le cédé qui accepte purement et simplement une cession, reconnaît implicitement que la créance cédée n'est pas éteinte : c'est une renonciation tacite à la compensation ; c'est l'acceptation d'un nouveau créancier dans la personne du cessionnaire.

Mais ce texte est tout d'exception, et il ne devrait pas être étendu en dehors du cas prévu par la loi.

Du reste, cette déchéance du droit de compenser n'est encourue par le débiteur cédé que s'il a accepté purement et simplement, c'est-à-dire sans protestations, ni réserves. Le cédé peut n'être pas certain s'il a une créance contre le cédant, et alors il n'a qu'à faire des réserves dans son acceptation, ou même à refuser cette acceptation, sauf au cessionnaire à lui faire une notification.

Ces réserves, du reste, ne sont point soumises à des formes sacramentelles, et sont laissées à l'appréciation du juge.

Le cédé, croyant qu'il n'a aucune créance contre le cédant, a accepté le transport purement et simplement ; mais, au moment de cette acceptation, par une succession dont il ignorait l'ouverture, il se trouvait créancier de son créancier. Pourra-t-il opposer

la compensation au cessionnaire, du chef du cédant ?

On a répondu affirmativement, en se basant sur cet argument que l'acceptation faite par le cédé, dans l'ignorance de son droit, ne pouvait être considérée comme une renonciation à la compensation. Mais c'est que justement le cessionnaire a compté sur l'effet de cette acceptation sans réserves. Pourquoi le cédé n'a-t-il pas fait de réserves ? Cela ne lui coûtait pas davantage. Pourquoi n'a-t-il pas laissé faire une notification après avoir refusé son acceptation ? Il nous semble que ce serait faire retomber sur le cessionnaire la conséquence de la négligence du cédé. Enfin, le texte de la loi ne distingue pas entre le cas où le cédé était dans l'ignorance de sa créance et le cas contraire. (Demolombe, T. XXVIII, n° 577 ; Aubry et Rau, T. IV, p. 240 ; Duranton, T.XII, n° 436 ; Larombière, T. III, art. 1295 n° 5.)

Quels sont les effets de cette acceptation pure et simple du cédé ? Deux questions :

1° *Quel est le droit du cessionnaire contre le cédé ?*

2° *Quel est le droit du cédé contre le cédant ?*

1° DROIT DU CESSIONNAIRE CONTRE LE CÉDÉ

La créance du cédant lui est-elle transmise avec toutes les garanties qui y étaient attachées, cautionnements, privilèges ou hypothèques ?

On l'a soutenu (Marcadé, article 1295). En effet, dit-on, puisque l'art. 1285 al. 1 interdit la compensation dans l'espèce, la créance n'est pas éteinte, et

les accessoires ne peuvent avoir disparu. D'autre part, en disposant que la signification n'empêche que la compensation des créances postérieures, l'al. 2 du même article donne à entendre que l'acceptation pure et simple empêche la compensation des créances, même antérieures. Or, la compensation ne peut produire ces effets.

Nous n'adoptons pas cette théorie. La compensation éteint les deux créances *ipso jure*, même à l'insu du débiteur. Mais, à l'égard du cessionnaire et du cédé, l'ancienne créance subsistera. Le cessionnaire pourra repousser par une fin de non-recevoir la compensation que voudrait lui opposer le cédé, qui l'a induit en erreur par son acceptation pure et simple. Quant aux garanties qui étaient attachées à la créance du cédant, elles sont éteintes : la compensation s'est accomplie à l'égard des tiers, et l'on ne pourra leur opposer les privilèges ou hypothèques qui étaient attachés à cette créance. — Telle est la théorie de MM. Demolombe, Aubry et Rau, Colmet de Santerre. (Demolombe, T. XXVIII, n° 579 ; Aubry et Rau, T. IV, p. 240 ; Colmet de Santerre, T. 5, n° 247 *bis* IV ; Duranton, T. XII, n° 435.)

2° DROIT DU CÉDÉ CONTRE LE CÉDANT

La solution doit être la même que dans le cas précédent. Cette créance du cédé contre le cédant était éteinte par la compensation, et avec elle toutes les sûretés qui y étaient attachées. Par son acceptation pure et simple, la créance du cédé revit contre le

cédant ; mais le cédé ne pourra se prévaloir des garanties qui l'accompagnaient.

Cependant, si le cédé qui a accepté purement et simplement, avait une juste cause d'ignorer la compensation, nous pensons qu'il faudrait assimiler cette hypothèse à celle prévue par l'article 1299, et décider qu'il pourrait se prévaloir des privilèges et hypothèques qui garantissaient la dette.

Nous venons d'examiner les quatre conditions qui sont nécessaires pour qu'il y ait compensation. Il n'en existe pas d'autres.

L'incapacité des parties ne met point obstacle à la compensation qui s'opère, bien qu'elles ne soient pas capables de faire ou de recevoir un paiement. La compensation n'est qu'un paiement fictif, et c'est la loi qui le fait.

La nature diverse des titres — authentique ou sous seing privé, — ou des causes des créances (art. 1293), n'empêche pas non plus la compensation. On pourrait compenser parfaitement une créance constatée par une preuve littérale, avec une créance établie par témoins, pourvu toutefois qu'elle ne fût pas supérieure à 150 fr.

L'inégalité entre le montant des dettes ne s'oppose pas non plus à la compensation : la plus forte est éteinte jusqu'à concurrence de la plus faible (article 1290).

Enfin, la diversité des lieux auxquels la dette doit être acquittée n'empêche pas que la compensation ne s'opère de plein droit. Seulement comme l'une des parties peut avoir intérêt à ce que la dette soit payée

au lieu même désigné dans la convention, et que le transport de cette chose dans ce lieu occasionne des frais, remise doit être faite à la partie de ces frais, qui se liquident facilement par le cours du change entre les deux places (art. 1296).

CHAPITRE II

DE QUELLE MANIÈRE S'OPÈRE LA COMPENSATION LÉGALE, ET QUELS EN SONT LES EFFETS.

Art. 1290 : « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu du débiteur ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. »

Cet article est si clair qu'il se passe de commentaire. Du reste, nous avons déjà eu maintes fois l'occasion de dire de quelle façon s'opère la compensation (Cass., 7 fév. 1883 ; D. 83, 1, 473).

La compensation s'opère donc de plein droit, *ipso jure*. Mais le juge peut-il la prononcer d'office ? M. Duranton professe qu'il faut que celui qui est poursuivi, allègue que la compensation a eu lieu ; car le juge ne peut la deviner. C'est aussi l'avis de M. Demolombe ; il faut que le juge soit saisi des demandes respectives des parties, autrement il ne pourrait statuer que sur la créance qui lui serait déférée. Le juge pourra donc prononcer d'office la compensation, sans qu'elle soit proposée par l'une des parties, s'il reconnaît dans les débats qu'il y a eu compensation faite. (Duranton, T. XII, n° 382 ; Demolombe, T. XXVIII, n° 643 ; Larombière, T. III, art. 1290, n° 2.)

Tel n'est point, cependant, l'avis de MM. Aubry et

Rau (T. IV, p. 236), qui disent qu'à défaut par le défendeur d'opposer ce moyen de libération, le juge ne pourrait rejeter la demande, en déclarant d'office l'existence de la compensation.

Celui qui est créancier et débiteur de la même personne peut poursuivre son débiteur pour faire reconnaître et constater sa créance. Dans le cas où il n'aurait pas de titre, il a tout intérêt à faire constater la coexistence des deux créances, et à obtenir un jugement qui reconnaisse la compensation.

La compensation est opposable en tout état de cause, même pour la première fois en appel, alors que la créance invoquée en compensation n'aurait pris naissance qu'après le jugement et depuis l'appel; alors que cette créance serait supérieure à celle de la demande.

Il faut même aller plus loin, et décider que la compensation peut être opposée, même après une condamnation passée en force de chose jugée.

La compensation tient lieu de paiement; elle éteint, au moment où elle s'opère, les deux créances avec tous leurs accessoires, tels que privilèges, hypothèques et cautionnements.

Les privilèges et hypothèques s'éteignent.

Les cautions sont libérées.

Les objets donnés en gage doivent être restitués.

Les intérêts cessent de courir, encore que ceux de l'une des dettes soient supérieurs à ceux de l'autre dette, ou que l'une en produise, tandis que l'autre n'en produirait pas.

La prescription qui courait contre l'une des parties, ne peut s'accomplir après l'époque où la compensation s'est opérée, encore que celle-ci ne soit opposée qu'après l'expiration du temps au bout duquel la prescription se serait accomplie.

Deux dettes, en effet, qui n'existent plus ne pourraient produire des intérêts ou être soumises à une prescription.

Dans cette énumération, nous avons supposé que les deux dettes s'étaient éteintes complétement par la compensation. Si l'une des dettes était supérieure à l'autre, les garanties subsisteraient encore pour l'excédent à payer; car elles protègent chacune des parties comme le tout.

Les intérêts de l'excédent continueraient de courir.

Aux termes de l'art. 1297 : « Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation par l'art. 1256. » C'est ce qui démontre une fois de plus la profonde analogie qui existe entre la compensation et le paiement.

Pour le cas où l'imputation n'a été faite ni par le créancier, ni par le débiteur, c'est la loi qui la fait elle-même.

La compensation doit être imputée sur la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter entre celles qui sont pareillement échues, sinon, sur la dette échue; enfin sur la plus ancienne, si les dettes sont d'égale nature; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

Mais si, créancier et débiteur déjà d'une même personne, cette personne a contracté depuis une seconde dette à mon égard, alors même qu'elle aurait plus d'intérêt à voir acquitter cette dernière, il n'y a pas lieu à imputation (Cass., 2 mai 1860 ; D. 61, 1, 104). Dès que les deux premières dettes, en effet, se sont rencontrées, elles se sont anéanties, et lorsque la troisième est née, elle était seule ; par conséquent, elle ne doit pas être opposée en compensation de ce qui n'existe plus. C'est que, pour qu'il y ait lieu à imputation, il faut que les différentes créances soient toutes antérieures à celle qu'on invoque en compensation.

CHAPITRE III

DES EXCEPTIONS A LA COMPENSATION

Nous allons étudier dans ce chapitre les exceptions à la compensation. Ces exceptions sont énumérées dans l'art. 1293. Elles sont relatives à la nature de la dette. Nous rattachons à ce chapitre la renonciation à la compensation et l'art. 1298, bien que cet article ne constitue pas, à proprement parler, une véritable exception ; ici, ce n'est plus à raison de la nature de la dette, mais à raison de la situation du débiteur, que la compensation n'est pas opposable.

Après avoir décidé que la compensation a lieu quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, l'art. 1293 énumère quatre exceptions :

1° *Demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé.* — « Spoliatus ante omnia restituendus » ; tel est l'adage qui a dicté au législateur sa première disposition. Il n'est pas nécessaire que le fait qui a donné naissance à la spoliation offre le caractère d'un délit réprimé par la loi pénale : toute voie de fait, toute possession injuste ou illicite, met obstacle à la compensation. Il est en effet d'ordre public que personne ne doit se faire justice à soi-même, et il ne doit pas être permis de dépouiller son débiteur au lieu de recourir à la justice. — Il est de toute évidence que le vol n'est pas

une manière d'acquérir la propriété ; le voleur devra donc restituer la chose même, *in individuo*. Mais alors pourquoi cette disposition de la loi? N'est-elle pas superflue ? Si la dette est d'un corps certain, la compensation n'aura pas lieu en effet. Ici le législateur a eu en vue le cas où, les choses volées étant fongibles, elles se seraient confondues avec les choses de même nature appartenant au voleur; et, comme la compensation est admise pour les choses fongibles, il a été obligé d'écrire le premier alinéa de l'art. 1293 pour faire une exception au principe.

2° *Demande en restitution d'un dépôt.* — Cette exception est fondée sur la nature du dépôt, contrat qui est essentiellement un acte de confiance à l'égard du dépositaire. Elle ne s'applique qu'au dépôt irrégulier, comme celui des sommes qu'on dépose chez un banquier et qui se mêlent à d'autres sommes, sans qu'on soit obligé de rendre les espèces mêmes qu'on a reçues ; car un dépôt régulier, tel qu'une cassette, tomberait sous l'application de la règle générale. La compensation n'aura donc pas lieu pour une chose déposée, fût-elle même fongible. C'est la seule façon dont puisse être entendu l'al. 2, autrement il n'aurait pas de sens.

3° *Demande en restitution d'un prêt à usage.* — Il est plus difficile de donner la raison d'être de cette disposition. Le prêt à usage suppose toujours un corps certain ; or un corps certain n'est pas une chose fongible, par suite n'est pas opposable en compen-

sation : donc l'article 1293 al. 2 est une répétition inutile de l'article 1291, et nous ne pouvons l'expliquer en tant qu'exception. Certains auteurs, néanmoins, se sont efforcés de trouver une solution rationnelle.

M. Delvincourt (II, p. 578) pense que le législateur a considéré le cas où, l'objet du commodat étant venu à périr, l'emprunteur serait condamné à une somme d'argent représentant sa valeur. Dans ce cas, sans l'article 1293, ces dommages-intérêts se compenseraient avec la dette du prêteur. Mais il n'y a pas besoin, toutefois, de l'article 1293 : car, avant la condamnation, la compensation ne pourrait avoir lieu, la dette de l'emprunteur n'étant pas liquide ; et, après la condamnation, elle restera soumise au principe du droit commun et sera compensable. — A cela on objecte qu'il serait absolument immoral de donner une prime d'encouragement à l'emprunteur qui se serait déloyalement défait de la chose prêtée pour bénéficier de la compensation, alors que l'emprunteur honnête et fidèle n'aurait pas le même avantage. Mais, dans ce cas-là, le juge aura toute latitude de condamner l'emprunteur de mauvaise foi à des dommages-intérêts plus considérables. — Nous ne pouvons toutefois accepter ce système, car le texte dit « demande en restitution de prêt à usage » ; et on ne peut voir de demande en restitution dans une demande de dommages-intérêts, quand l'objet n'existe plus.

Le système de M. Troplong (*du Prêt* n° 129), rapproche cette disposition de celle de l'article 1885 ainsi

conçu : « L'emprunteur ne peut pas retenir la chose par compensation de ce que le prêteur lui doit. » L'article 1293 ne ferait donc que répéter ce que dit l'article 1885. Mais l'espèce que donne le jurisconsulte ne peut être acceptée par nous. Il suppose Primus commodataire d'un cheval de 600 fr., et créancier de la même somme envers son prêteur Secundus, et il dit : si Secundus actionne Primus en restitution du cheval, Primus ne pourra lui répondre : j'ai un cheval à vous qui vaut 600 fr., vous m'en devez autant, compensons, nous sommes quittes. — Telle n'a pu être l'intention du législateur : ce système aboutit à dire que Primus ne peut contraindre Secundus à une vente forcée, et fait double emploi avec l'article 1885. De plus, l'article 1293 est inutile une fois de plus, car on ne peut compenser un corps certain avec une somme d'argent.

M. Toullier (VII, n° 383) nous semble avoir trouvé la solution de ce cas difficile. Cette disposition a en vue l'espèce où le commodat a pour objet des choses fongibles, prêtées *ad pompam et ostentationem*, par exemple : « un receveur dont la caisse en déficit va être vérifiée par l'inspecteur, emprunte des pièces de monnaie qu'il devra rendre *in ipso individuo* au prêteur. » Mais, objecte justement M. Marcadé (art. 1293 n° 3), l'art. 1293 est encore inutile; car ces pièces ne sont plus des choses fongibles, mais un corps certain non susceptible d'entrer en compensation d'après la règle générale. Il est vrai ; mais cette erreur provient de la confusion que le législateur a faite souvent dans le Code, entre les choses qui se consomment *primo usu*

et les choses fongibles : la première qualité dépend de la nature des choses ; la seconde, de l'intention des parties. Or, ici, l'intention était non pas que l'emprunteur pût se libérer en remboursant des valeurs égales, mais en les restituant en nature. — Du reste, à moins d'admettre cette théorie, il ne nous reste qu'à dire, avec certains auteurs, que la règle de l'article 1293 est absolument inutile en présence de l'article 1291 (Colmet de Santerre, T. V, n° 244 *bis*, VII).

La même discussion peut justifier l'exception relative au cas de dépôt, si l'on prétend que le législateur a eu en vue aussi bien le dépôt régulier que le dépôt irrégulier.

4° *Dette d'aliments déclarés insaisissables.* — L'article 581 du Code de Procédure rectifie l'article 1298, en déclarant insaisissable toute dette d'aliments, soit provisions alimentaires adjugées par justice, soit sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables. Mais, au cas où la loi permet la saisie des aliments exceptionnellement, cette exception cesse, et la compensation est possible.

Cette exception est la seule qui soit une véritable exception à l'article 1291. En effet, toute dette de cette nature porte sur une somme d'argent ou des denrées, choses fongibles, qui tomberaient sous l'application de l'article 1291 sans cette disposition de l'article 1293.

Cette exception est fondée sur le caractère sacré

d'une telle dette. De plus, il y a un motif juridique. La compensation est un paiement forcé, et, en conséquence elle ne peut s'appliquer qu'aux choses que le créancier pourrait faire saisir: donc les choses insaisissables, ne pouvant servir à payer le créancier, ne peuvent entrer en compensation.

Une pension alimentaire constituée à titre onéreux au profit de l'une des parties contractantes, ou comme condition d'une donation faite par la partie à laquelle elle est promise, n'est point insaisissable, lors même qu'elle aurait été déclarée telle par l'acte qui l'a établie.

Ajoutons encore, avant d'étudier la renonciation à la compensation, que celle-ci n'est pas admise en matière d'impositions publiques. L'article 1293 ne parle pas de cette disposition, parce qu'elle est étrangère au droit civil : l'intérêt général de l'Etat exige qu'il soit payé promptement.

Mais, dans le cas où l'Etat est débiteur à la façon des particuliers, et créancier de la même manière, on doit revenir au principe de la compensation. Dans ce cas, l'Etat est non une personne publique, mais une personne civile.

5° *La compensation n'a pas lieu non plus lorsque les parties y ont renoncé.* — Mais là se pose tout d'abord une question : les parties peuvent-elles renoncer à la compensation? L'art. 1290, en disant que la compensation s'opère à l'insu des parties, de plein droit, du jour de la coexistence des dettes, ne semble-t-il pas comprendre implicitement qu'elle

s'opère malgré les parties ? De plus, Pothier (n° 630) s'exprime ainsi : « Personne ne pouvant être véritablement mon créancier que sous la déduction de ce qu'il me doit, ni véritablement mon débiteur que sous la déduction de ce que je lui dois. » Cependant nous croyons que cette renonciation est possible : la compensation est fondée sur l'intérêt privé des parties ; le législateur a présumé que chaque débiteur avait intérêt à payer son débiteur avec ce que celui-ci lui devait ; si donc les parties ont exprimé une intention contraire, la compensation n'a plus de fondement.

Il est hors de doute que le débiteur peut renoncer à la compensation après qu'elle s'est opérée ; mais le peut-il avant ? M. Toullier (T. VII, n° 393) prétend que non. Cependant nous ne trouvons aucun texte qui mentionne cette prohibition, et cette renonciation ne comporterait rien de contraire à l'ordre public. Aussi estimons-nous que les mêmes motifs qui nous ont fait admettre la renonciation après, s'appliquent à la renonciation avant, comme dans les cas où le capital de la dette serait destiné à faire les fonds d'une rente annuelle au profit d'un tiers. (Espèce d'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 7 mars 1831, S. 31, 2, 250. — *Sic :* Aubry et Rau, T. IV, p. 235 ; Marcadé, art. 1293 n° 5 ; Colmet de Santerre, V 241 *bis* III ; Demolombe, XXVIII, n° 604 ; Cass., 11 mai 1880, D. 80, 1, 470.)

Cette renonciation avant sera très rare ; mais elle fera partie de la convention, et par suite sera opposable aux tiers.

La renonciation peut être mutuelle, réciproque, de même qu'une des parties peut renoncer isolément à la compensation. Dans le second cas, la renonciation n'a d'effet qu'à l'égard de la partie qui la fait.

Il y a deux manières de renoncer : expressément ou tacitement.

Dans le premier cas, elle doit être faite dans des termes clairs, précis, mais point n'est besoin de formules sacramentelles. Pas plus que toute autre renonciation, dans le doute, elle ne se présume pas. Elle s'opère soit verbalement, soit par acte authentique ou sous seing privé.

La renonciation est tacite lorsque les parties, ou l'une d'elles, font un acte qui est incompatible avec les effets de la compensation.

Mais il faut que cette incompatibilité soit certaine. Ainsi il n'y aurait pas de renonciation, dans le fait d'un débiteur qui verserait à son créancier un à-compte, à se prévaloir de la compensation pour le surplus. La jurisprudence consacre cette théorie dans deux arrêts de la Cour de cassation (Cass., 17 juillet 1832, S. 32, 1, 76 ; Cass., 24 décemb. 1834, S. 35, 1, 141).

Le créancier qui demande paiement doit-il être considéré comme renonçant à la compensation ? Evidemment non ; il n'y a pas là un acte consommé : le créancier ne réclame peut-être, dans l'espoir que son débiteur lui opposera la compensation, que pour avoir un jugement qui liquide leur situation respective.

Si les parties stipulent que le terme des deux dettes, ou d'une seule dette, actuellement exigibles, sera reporté à une époque ultérieure, il faudrait voir dans cette convention une renonciation tacite à la compensation : car les dettes, ou la dette, en devenant exigibles, deviennent incompensables.

Mais c'est dans l'art. 1299 que le législateur a prévu le mode le plus fréquent de renonciation tacite.

Art. 1299 : « Celui qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. »

Cet article énonce donc un principe et une exception *in fine*. Voyons d'abord le principe.

Créancier de Primus avec hypothèque et débiteur envers lui tout à la fois, sur la poursuite de Primus, je paie sans opposer la compensation, puis je veux recouvrer ma créance : si Primus a d'autres créanciers que moi, je ne pourrai leur opposer mon hypothèque. J'ai bien pu renoncer à la compensation en faveur de Primus, mais je ne l'ai pu au préjudice des tiers. La compensation s'est opérée de plein droit, ils y ont compté : je ne puis par mon fait leur enlever ce bénéfice.

A l'égard des tiers le texte est formel ; la compensation, en éteignant la créance, en a éteint tous les accessoires. Et il ne faut pas entendre par accessoires

seulement les privilèges et hypothèques dont parle le texte de l'art. 1299, mais aussi les cautionnements, auxquels il doit être également applicable.

Mais, entre les parties, l'effet de ce paiement a donné lieu à une grosse controverse.

D'après une première opinion, celui qui a payé a une créance nouvelle, née du paiement qu'il a fait sans être débiteur ; il a donc la *condictio indebiti*, mais il n'a plus son ancienne créance. En effet la première créance était éteinte déjà par la compensation: donc, en payant, il a payé indûment, et il ne peut plus prétendre qu'à la répétition de l'indû. C'était la doctrine de Pothier, et c'est celle professée par M. Colmet de Santerre (T. V, n° 251 *bis* ; Marcadé, art. 1299). Mais la distinction subtile qu'il fait de ces mots « en exerçant la créance » ne nous confirme pas davantage dans cette opinion.

Un second système (Aubry et Rau, T. IV, p. 238-239), en refusant la *condictio indebiti* à celui qui a payé, lui accorde son ancienne créance.

Il est impossible de lui accorder, en effet, la répétition de l'indû, puisqu'il a payé en connaissance de cause ; et alors, s'il n'a pas la *condictio indebiti,* il faut bien qu'il ait son ancienne créance.

Enfin, un troisième système donne, au débiteur qui a payé, son ancienne créance ou la *condictio indebiti,* à son choix (Demolombe, T. XXVIII, n° 620 ; Larombière, T. III, art. 1295, n° 3).

Mais il nous semble que cette opinion va trop loin : on ne peut avoir l'une et l'autre action, on ne peut avoir que l'une ou l'autre.

En effet, il n'y a pas d'autre solution possible en présence de cette alternative. Ou la compensation s'est opérée de plein droit, et l'ancienne créance est éteinte ; reste alors la *condictio indebiti*. Ou la compensation n'a pas eu lieu, et alors il n'y a pas lieu à la *condictio indebiti*, puisque la dette était existante

Mais comment accorder la *condictio indebiti*, puisque l'art. 1376 exige, comme condition de la répétition de l'indû, que celui qui a payé l'ait fait par erreur ? Or, par hypothèse, celui qui a payé savait qu'il y avait matière à compensation.

Faudra-t-il dire, avec M. Colmet de Santerre (T. V, n° 251 *bis* IV), que le débiteur avait en sa qualité de créancier des fonds, dont le placement lui agréait, entre les mains de son débiteur, et qu'il aimait mieux ne pas se prévaloir de la compensation et payer sa dette, pour conserver son placement plutôt que d'être obligé de chercher un autre emploi de ses fonds disponibles ?

De ces trois théories, la seconde nous semble la plus juridique ; il restera donc au débiteur son ancienne créance, moins les privilèges, hypothèques ou cautions qui la garantissaient, et qui ne seront pas opposables aux tiers.

Il l'exercera telle qu'elle était avant la compensation, d'après sa nature et son titre.

Le titre était exécutoire ? Il continuera de l'être.

La créance était commerciale ? On la portera devant le tribunal de commerce.

La créance était productive d'intérêts ? Les intérêts continueront de courir.

L'exception prévue *in fine* de l'article 1299 est le cas où l'un des débiteurs a payé ayant une juste cause d'ignorer la compensation. Le législateur permet alors à celui qui a payé d'exercer son ancienne créance avec les privilèges et hypothèques qui la garantissaient.

Il paraît étonnant qu'étant donné la nature de la compensation qui s'opère de plein droit, à l'insu des parties, les garanties de la créance puissent survivre, et être opposées aux tiers, parce que le *solvens* ignorait sa créance ; mais le texte de la loi est trop formel pour être contesté, et Pothier, à qui les rédacteurs du Code ont emprunté l'article 1299, déclare formellement que les garanties sont maintenues, même à l'encontre des tiers (n° 630).

Bien plus, ici, tous les auteurs s'accordent à reconnaître au *solvens* la *condictio indebiti* ; dans ce cas, en effet, il a payé par erreur et cette action ne saurait lui être refusée. Mais c'est à lui, bien entendu, qu'il appartient de faire la preuve de son ignorance, non seulement comme demandeur, mais comme invoquant une exception. En vain objectera-t-on que la preuve d'un fait négatif est impossible (Aubry et Rau, T. IV, p. 239, note 5) : cette preuve, en se transformant en la preuve d'un fait affirmatif contraire, sera aisément faite.

Mais le *solvens* devra-t-il prouver qu'il ignorait la créance, et ensuite qu'il avait une juste cause de l'ignorer ? Ou bien la preuve de son ignorance fera-t-elle présumer qu'il avait une juste cause d'ignorer ? Ou enfin, la preuve qu'il avait une juste cause d'ignorer

sa créance sera-t-elle une présomption qu'il l'a réellement ignorée, sauf preuve contraire de la partie adverse ?

Nous croyons que le *solvens* sera tenu de prouver la juste cause d'ignorer, et que, si des circonstances antérieures n'empêchent pas la déduction de cette première preuve à la preuve de son ignorance, le *solvens* sera présumé avoir ignoré, sauf preuve contraire de son adversaire (Larombière, T. III, article 1299, n° 7. — *Contrà :* Toullier, T. VII, n° 391). Du reste les tribunaux apprécieront en fait.

Le *solvens* aura intérêt à exercer de préférence la *condictio indebiti*, dans le cas où, les deux créances n'étant pas productives d'intérêts, l'autre partie aurait reçu le paiement de mauvaise foi.

Mais, si le paiement a été accepté par erreur, l'*accipiens* pourra demander que les choses soient rétablies dans l'état où elles se trouvaient avant le paiement fait par le *solvens* en connaissance de cause. Il sera tenu alors de restituer ce qu'il aura reçu ; de plus, ce nouvel état de choses ne vaudra qu'entre les parties. La raison de cette solution est bien simple : il serait injuste que moi, débiteur d'une créance ne portant pas d'intérêts, je me libère envers mon créancier, débiteur envers moi d'une créance portant intêrêts, et qu'en abusant ainsi de sa bonne foi, je continue à faire courir les intérêts de sa dette, par une renonciation à la compensation émanant de moi seul. J'ai pu renoncer pour moi, mais non pour mon débiteur.

La solution doit être la même, à notre avis, dans le

cas où le *solvens* avait lui-même une juste cause d'ignorer la compensation. En effet, dans ce cas, il n'y a eu renonciation de la part d'aucune des parties. Le *solvens* pourra donc se prévaloir de l'article 1299 ; l'*accipiens* pourra, de son côté, demander le rétablissement de choses dans l'état où elles étaient avant le paiement.

Les effets de la renonciation consistent donc à remettre entre les parties les choses au même état que s'il n'y avait pas eu de compensation. Toutefois, la renonciation ne détruit pas l'interruption de la prescription : car renoncer à la compensation, c'est reconnaître la dette.

6° *La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à des tiers.* — L'art. 1298 est ainsi conçu : « La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation. »

La première phrase de cet article ne fait que poser un principe général dont nous avons déjà étudié maintes applications, principe découlant toujours de cette fiction du double paiement, qui rend la compensation impossible là où le paiement ne pourrait avoir lieu, à raison des droits que des tiers ont sur les valeurs qui sont l'objet de la dette.

L'exemple choisi par l'article 1298 établit une corrélation très exacte entre l'article 1242 et l'article 1298. En rapprochant ces deux articles, on

aperçoit l'égale impossibilité du paiement et de la compensation.

Il s'agit d'une saisie-arrêt formée entre les mains d'un débiteur qui n'est devenu créancier de son créancier que depuis la saisie (Cass., 8 novembre 1882 ; D. 83, 1, 305).

L'article 1242 avait déjà décidé que le paiement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie-arrêt ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des saisissants ou opposants. Si donc la compensation pouvait s'opérer dans le cas de l'article 1298, ce dernier serait en contradiction flagrante avec l'article 1242. Bien plus, quel en serait le résultat? par la compensation, le tiers serait intégralement payé, alors que les autres créanciers viendraient seulement au marc le franc.

Il ne faudrait pas croire que le débiteur pourrait opposer la compensation, s'il était créancier avant la saisie-arrêt. Ces mots « s'il est devenu créancier depuis la saisie-arrêt » signifient: si sa créance n'est devenue compensable que depuis la saisie-arrêt, fût-elle antérieure ou postérieure.

La saisie-arrêt n'est pas, nous l'avons déjà dit, le seul cas auquel s'applique notre principe.

Nous avons déjà étudié plus haut l'article 1295, qui interdit au cédé qui a accepté la cession, ou auquel la cession a été signifiée, de compenser avec le cessionnaire la dette qu'il eût pu compenser, avant cette acceptation ou cette notification, avec le cédant.

Pareillement, le créancier hypothécaire qui se rend

adjudicataire de l'immeuble hypothéqué, ne pourrait, au préjudice des droits acquis aux autres créanciers hypothécaires, se prévaloir de la compensation entre sa créance et le prix de l'adjudication. (Cass., 27 janvier 1885, D. 85, 1, 373 ; Cass., 25 mars 1885, D. 86, 1, 21.)

De même, la faillite fait obstacle à la compensation. Cette dernière préjudicierait aux droits acquis à la masse des créanciers.

En matière de succession bénéficiaire ou de succession vacante, les droits des créanciers sont fixés d'une manière irrévocable, dès l'instant de l'ouverture de la succession. La compensation ne s'opérera donc pas, en l'absence même de toute opposition. Cependant, dans ce dernier cas, un parti considérable prétend que la compensation aura lieu ; car, aux termes de l'article 808, quand il n'y a pas de créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire paie les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent. Oui, mais il faut qu'ils se présentent; d'où résulte que la compensation n'a pas lieu de plein droit. Enfin, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire produit une situation analogue à celle de la faillite ; et, si la compensation avait lieu de plein droit, elle rendrait illusoire la faculté d'opposition appartenant aux créanciers. (*Sic:* Demolombe, T, XXVIII, n° 638 ; Toullier, T. VII, n° 380 ; Aubry et Rau, T. IV, p. 232 ; Larombière, T. III, art. 1298 n° 7 ; Lyon, 18 mars 1831, S. 31, 2, 229.— *Contrà*: Desjardins, p. 424 ; Tr. civ. de Châtillon-sur-Seine, 9 avril 1862, D. 62, 3, 38 ; Caen, 10 mars 1884, D. 85, 2. 9.)

En somme, la compensation n'aura pas lieu toutes les fois qu'elle pourrait porter atteinte à des droits acquis à des tiers ; mais, si cet obstacle disparaît, alors la compensation redeviendra possible, et cela, du jour où cet obstacle aura cessé d'exister.

CHAPITRE IV

Nous avons étudié dans les trois chapitres précédents les règles de la compensation légale, telle qu'elle existe au Code, en tant que mode d'extinction des obligations. Il nous reste encore à examiner deux autres sortes de compensation : la compensation facultative et la compensation reconventionnelle ou judiciaire, qui formeront l'objet de nos deux derniers chapitres.

DE LA COMPENSATION FACULTATIVE.

La compensation facultative est celle que l'une des parties peut seule opposer, parce que l'obstacle qui s'oppose à la compensation légale n'est établi que dans son propre intérêt, et qu'elle peut y renoncer.

Nous allons étudier les trois points suivants :

1° *Dans quels cas elle peut avoir lieu.*

2° *De quelle manière elle s'opère.*

3° *Quels en sont les effets.*

1° DANS QUELS CAS LA COMPENSATION FACULTATIVE PEUT-ELLE AVOIR LIEU?

La compensation facultative peut avoir lieu, quand l'obstacle qui s'oppose à la compensation légale est établi en faveur de l'une des parties seulement.

Toutes les fois donc qu'une des conditions requises pour la compensation légale fera défaut, il pourra y avoir lieu à compensation facultative.

L'absence de ces conditions peut provenir soit de l'objet de l'une des dettes — soit de sa cause — soit de sa moralité — soit de ce que les deux parties ne seraient pas personnellement et principalement créancières et débitrices l'une de l'autre.

Primus me doit une barrique de vin de Bordeaux de telle année, et moi, je lui dois une barrique de vin *in genere*.

La compensation légale ne sera pas possible; mais, s'il me plaît de renoncer à mon droit strict, et de me faire payer avec le vin que je dois moi-même à Primus, quel sera celui des deux qui perdra à ce marché? Ce ne sera assurément pas mon débiteur.

Il en serait de même alors que le vin dû par Primus serait considéré *in specie* : ce qui démontre que la compensation facultative peut s'étendre même aux dettes de corps certains.

De même dans l'art. 1293, les exceptions, dérivant de la cause de la dette, sont établies dans l'intérêt unique du spolié, du déposant, etc... Si donc le spolié, le déposant y renoncent, il pourra y avoir compensation facultative (Cass., 1er avril 1844; S. 44, 1, 468).

Pareillement, si la compensation légale ne peut s'opérer entre une dette pure et simple et une dette à terme, la compensation facultative résultera de la renonciation que le débiteur à terme fera de ce terme. Car ce terme n'a été stipulé qu'en sa faveur,

et il a la faculté d'y renoncer. Mais, si le terme avait été stipulé dans l'intérêt du créancier, ce serait à ce dernier seul d'y renoncer, pour rendre la compensation facultative possible.

Enfin l'obstacle peut provenir d'un défaut de réciprocité ; et cependant, dans ce cas encore, il peut y avoir compensation facultative. Un tuteur, par exemple, peut opposer en compensation de ce qu'il doit personnellement ce qui est dû à son pupille, parce qu'ayant qualité pour recevoir, la compensation vaudra comme quittance ; de même le mandataire. De même la caution peut opposer au créancier qui la poursuit la compensation de la dette dont il est tenu envers elle.

Mais, dans les cas que nous venons d'énoncer, la compensation facultative n'est-elle possible qu'autant qu'elle éteint complétement les deux dettes? Ou faut-il décider qu'elle opérera, comme en matière de compensation légale, l'extinction de la dette la plus forte jusqu'à concurrence de la plus faible?

Ainsi, je dois 10,000 fr. à Primus, payables dans deux ans, et Primus me doit 5,000 fr. actuellement exigibles ; puis-je, renonçant au benéfice du terme dire à Primus : je ne vous dois plus que 5,000 fr., les cinq autres mille ayant été compensés avec votre dette?

Oui, si j'offre tout de suite le surplus ; mais, si je ne paie pas immédiatement, la question est controversée.

Une doctrine a soutenu l'affirmative en se fondant, d'une part, sur l'art. 1290 qui admet la compensation

pour les dettes inégales, et d'autre part, sur ce que le débiteur peut renoncer au bénéfice du terme. (Larombière art. 1293, nos 14 et suiv. — *Contrà :* Demolombe, T. XXVIII, n° 664.) Mais, selon nous, cette théorie est erronée. D'abord l'art. 1244 interdit au débiteur d'imposer à son créancier un paiement partiel ; ce principe est absolu. De plus l'art. 1290, en autorisant la compensation jusqu'à concurrence de l'excédent de la dette la plus forte, apporte une dérogation à l'art. 1244; or cette dérogation est l'œuvre de la loi, prévue dans un cas spécial qui ne saurait être étendu à une matière étrangère à la compensation légale, sans violer les principes du droit. Du reste, la renonciation au bénéfice du terme implique que le débiteur est en mesure de payer.

Les partisans de la doctrine contraire sont du reste obligés de s'écarter de leur théorie dans certains cas. Notamment dans l'espèce d'un débiteur d'une rente qui voudrait compenser la dette du crédirentier avec le capital de la rente qu'il doit, et qui est supérieur à sa créance. Il a le droit de rembourser le capital de la rente, mais le capital tout entier. La même solution s'applique au cas où un tuteur voudrait compenser, par un remboursement partiel, sa dette personnelle avec celle de son créancier envers son pupille.

2° DE QUELLE MANIÈRE S'OPÈRE LA COMPENSATION FACULTATIVE ?

Certains auteurs (Larombière, T. III, art. 1293 n° 13 ; Mourlon, T. II, n° 1459) appellent cette com-

pensation, compensation judiciaire. Ceci ne nous paraît pas exact. La compensation facultative est absolument subordonnée à la volonté de celle des parties qui peut l'opposer; dès que cette partie a manifesté sa volonté, la compensation facultative s'opère. Le juge devra naturellement intervenir pour régler les contestations des parties ; mais il ne fera que constater et déclarer l'existence de la compensation. C'était là la doctrine de nos anciens auteurs, et c'est encore la doctrine actuelle.

« En demandant acte au Tribunal de l'offre de compensation, dit M. Duranton, le cours de l'action principale doit être aussitôt arrêté » (Duranton, T. XII, n° 465). Une simple requête sera même suffisante.

3° QUELS SONT LES EFFETS DE LA COMPENSATION FACULTATIVE ?

Dès l'instant où elle est accomplie, les effets sont les mêmes que ceux de la compensation légale. La dette est éteinte et, avec elle, tous ses accessoires. Mais ces effets rétroagissent-ils au jour où la compensation se serait opérée de plein droit, si elle eût été possible? Exemple : J'ai déposé chez vous 3,000 fr., vous héritez d'une personne à laquelle je dois 3.000 fr. produisant intérêts; pas de compensation légale évidemment. Mais vous me poursuivez en remboursement des 3,000 fr. que je vous dois et des intérêts ; je renonce à l'exception de l'art. 1293, et je vous oppose la compensation. Puis, je soutiens que cette compensation doit remonter à l'instant

où les deux dettes ont coexisté par ouverture de la succession, et je ne vous dois plus d'intérêts à partir de cette époque. Certains auteurs ont soutenu cette doctrine. La compensation facultative opposée, disent-ils, doit avoir pour effet de remettre les parties au même état que si elles avaient été exactes à remplir leurs obligations. « Dans notre système, dit M. Duranton (*Revue de Droit franç. et étranger*, 1846, p. 874), cette suspension des intérêts a une tout autre base que la compensation légale. Le Code n'a point parlé de la compensation facultative, il ne l'a point réglementée : nous sommes donc autorisé à lui appliquer les principes que nous reconnaîtrons les plus justes. »

Cette solution ne nous paraît pas admissible pour plusieurs raisons. Elle implique d'abord que le dépositaire trouverait, dans les intérêts de la somme qu'il détient, l'équivalent des intérêts de sa dette dont il serait privé. Or le dépositaire doit toujours être prêt à remettre l'objet du dépôt au déposant qui le réclame ; donc il ne pourrait placer les 3,000 fr. déposés chez lui, et, par conséquent, tirer parti de cet argent. L'équité serait donc blessée, si la théorie que nous réfutons était admise ; car la compensation dépendant absolument du déposant, celui-ci ne l'opposerait que lorsqu'il y trouverait son avantage. Enfin le dépositaire n'était tenu de restituer le dépôt qu'à la réquisition du déposant, et la solution que nous combattons implique encore cette idée que le dépôt serait exigible avant que la réclamation en eût été faite. Donc le dépositaire n'avait pas été inexact

à remplir ses engagements, et, par suite, l'argument de nos adversaires est inutile.

Concluons donc que la compensation facultative ne produira ses effets que du jour seulement où elle aura été opposée, parce qu'elle ne s'opère pas de plein droit, mais dépend, au contraire, de celle des parties dans l'intérêt de laquelle la compensation légale était empêchée. Mais, une fois la compensation facultative opérée, on ne saurait la révoquer, même du consentement mutuel des parties. (Demolombe, T. XXVIII, n° 671 ; Toullier, T. VII, n^os^ 396-398 ; Aubry et Rau, T. IV, p. 236 ; Colmet de Santerre, T. V, n° 251 *bis* VI ; Larombière, T. III, art. 1293 n° 13 ; Lyon, 18 mars 1831, S 31, 2, 229.)

Parlons enfin de la compensation conventionnelle. Cette compensation, comme son nom l'indique, est celle qui s'accomplit en dehors des règles de la compensation légale, mais qui, pour s'accomplir, a besoin du consentement mutuel des parties.

Elle s'opère au moment que les parties conviennent de déterminer.

Ses effets sont ceux qu'elles y attachent.

Les parties peuvent l'établir soit *in futurum*, soit *in præsens*.

Enfin, la compensation conventionnelle dérive du principe de la liberté des conventions.

CHAPITRE V

DE LA COMPENSATION RECONVENTIONNELLE

On appelle reconvention des conclusions par lesquelles le défendeur dans un procès se constitue demandeur à son tour.

Lorsqu'on m'actionne en paiement d'une dette réunissant toutes les conditions requises pour la compensation légale, et qu'à mon tour je me trouve créancier envers le demandeur d'une dette non liquide, je ne puis opposer ni la compensation légale, ni la compensation facultative, parce que la condition de liquidité qui manque à ma créance n'est pas dans mon intérêt. Mais je puis saisir le même tribunal d'une demande incidente, afin qu'il liquide ma créance et prononce la compensation : telle est la compensation par voie de reconvention.

Nous nous bornerons à étudier les demandes reconventionnelles en matière de compensation. Nous aurons trois questions à examiner :

1° *Dans quels cas la compensation reconventionnelle a lieu.*

2° *De quelle manière elle s'opère.*

3° *Quels en sont les effets.*

1° DANS QUELS CAS ELLE A LIEU

Nous ne trouvons dans le Code civil aucune disposition sur la reconvention. L'art. 464 du Code de

Procédure est le seul qui en parle : « Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale. »

Il résulte de cet article qu'une nouvelle demande peut être portée en appel :

1° Lorsqu'il s'agit de compensation, sans qu'il soit, dans ce cas, nécessaire que la nouvelle demande soit la défense à l'action principale ;

2° Et lorsqu'il ne s'agit pas de compensation, pourvu que cette nouvelle demande soit la défense à l'action principale.

Au contraire, la Coutume de Paris, art. 106, exigeait la réunion de ces deux conditions.

Il est facile de justifier cette exception par la faveur que le législateur a dû attacher à ce mode d'extinction des obligations, dans l'intérêt des parties, et dans l'intérêt public même, par la simplification des procédures, et l'économie de temps et de frais. Enfin, il n'eût pas été équitable que moi, créancier d'une somme facile à liquider, j'eusse été forcé de payer mon créancier, sauf ensuite à l'actionner devant un autre tribunal, et au risque de le trouver insolvable.

Cependant, il ne faut pas se dissimuler la gravité de cette disposition. En admettant ainsi la reconvention pour la première fois en appel, le demandeur originaire va se trouver, en effet, privé des deux degrés de juridiction. Aussi M. Toullier (T. VII, n° 409) a-t-il blamé cette exception, en disant que

les reconventions ne sont, le plus souvent, que des incidents imaginés par un plaideur subtil et déterminé, pour embrouiller une affaire dont le succès paraît douteux ou désespéré, ou pour en retarder le jugement.

Toutefois les avantages sont tels, qu'ils nous paraissent compenser suffisamment les inconvénients. Ce sera, du reste, le devoir du juge d'apprécier sagement, en la matière, pour sauvegarder tous les droits.

La compensation reconventionnelle sera-t-elle admise pour la première fois en appel, bien que la créance opposée en compensation soit supérieure au montant de la créance qui forme l'objet de la demande principale ?

C'est notre avis ; et la Cour de cassation a rendu en cette matière un arrêt remarquable dont nous voulons exposer les motifs : « Attendu que l'art. 464 au Code de Procédure dispose que l'exception de compensation peut être opposée pour la première fois en cause d'appel ;

« Que cet article ne distingue pas et ne devait pas distinguer entre le cas où la compensation a seulement pour effet d'éteindre l'action principale, et celui où, supérieure au chiffre de cette action, elle peut devenir elle-même la cause d'une condamnation ;

« Attendu que la Cour impériale, régulièrement saisie de l'appréciation d'où procède l'exception de compensation, peut, sans violer la règle des deux degrés de juridiction, prononcer une condamnation pour le

surplus de la somme opposée en compensation; qu'elle ne pourrait refuser cette condamnation, et renvoyer, pour la prononcer, devant le Tribunal de première instance, sans scinder la cause unique de l'exception, et exposer la partie à des décisions contraires ; »..... (10 janvier 1853 ; S. 53. 1, 624.)

Quant à la compétence, la règle est celle de l'article 148 du projet de loi de la Cour de cassation, ainsi conçu : « La reconvention ne sera pas recevable, si le juge est incompétent à raison de la matière qui fait l'objet de la reconvention. » Cette disposition est d'ordre public, et la compétence ne saurait être prorogée ni par le juge, ni par les parties. Ainsi, une demande reconventionnelle civile ne peut être formée devant un tribunal criminel.

Le demandeur principal, reconvenu, peut-il à son tour reconvenir? Non. « Reconvention sur reconvention ne vaut », dit l'adage. Ce serait en effet courir à des complications inextricables. Cependant, si la reconvention nouvelle tirait son origine du titre même produit par le demandeur reconventionnel, elle devrait être admise.

Un arrêt de Cassation du 29 mars 1841 (*J. du P.*, T. II, p. 140) a jugé que, dans le cas où le débiteur oppose en appel une compensation, résultant de la liquidation d'une créance postérieure à la décision des premiers juges, le créancier est recevable, afin de faire maintenir cette décision, à opposer de nouvelles créances survenues depuis l'instance. — Mais, dans ce cas, il s'agissait non pas d'une compensation reconventionnelle, mais d'une compensation légale.

2° DE QUELLE MANIÈRE S'OPÈRE LA COMPENSATION RECONVENTIONNELLE?

Ici, nous nous trouvons en face d'une compensation judiciaire. Elle résulte, en effet, de la décision du juge.

Si nous comparons cette compensation à la compensation légale et à la compensation facultative, nous voyons d'abord, en matière de compensation légale, deux créances éteintes de plein droit, d'où pas d'action; ce qui fait que celle des parties qui sera poursuivie, n'aura qu'à opposer une simple exception. Dans la compensation facultative, il ne sera pas besoin non plus d'une demande incidente, dès le moment que la partie qui l'oppose aura déclaré renoncer à l'obstacle qui empêchait la compensation légale.

Dans la compensation reconventionnelle, il faut, au contraire, une demande incidente (Cass., 1er juin 1851; S. 51, 1, 740). Alors le juge appréciera avec sagesse et équité si les deux actions doivent être jointes ou non ; si la jonction ne portera pas préjudice au demandeur principal, en retardant le paiement d'une somme légitimement due par une liquidation difficile (Cass,, 22 juillet 1872; S., 74, 1, 32); si, d'autre part, la disjonction ne sera pas dommageable au demandeur reconventionnel, en l'exposant à des poursuites ultérieures inefficaces. Les circonstances de nature à déterminer le juge dépendront évidemment de chaque espèce. Le titre, la

bonne foi apparente, seront des motifs puissants qui inciteront le juge à prendre parti.

3° QUELS SONT LES EFFETS DE LA COMPENSATION RECONVENTIONNELLE ?

Ceux de la compensation légale datent du moment où les dettes ont coexisté ; ceux de la compensation facultative, de l'instant où elle a été opposée. Ceux de la compensation reconventionnelle dateront-ils du jour où la demande reconventionnelle aura été formée, ou du jour où le juge l'aura admise ?

Cette dernière théorie est celle de M. Colmet de Santerre (T. V, n° 251 *bis* VIII). — Que ces effets ne soient pas produits, comme en matière de compensation légale, du jour de la coexistence des deux dettes, rien de plus naturel, et c'est admis par tout le monde. « Mais, dit-il, ils ne datent pas non plus du jour où elle est demandée; car elle n'est pas, comme la compensation facultative, nécessairement admise quand elle est invoquée : elle ne ne constitue pas un droit pour celui qui l'invoque ; elle dépend du juge qui peut la refuser, et, dès lors, elle ne peut produire d'effet que du jour où le juge l'a admise. »

Si sérieuse que soit cette argumentation, il nous semble qu'elle fait échec à ce principe, que les jugements sont simplement déclaratifs des droits des particuliers, et que les effets en remontent, par conséquent, au jour de la demande.

Le juge peut refuser la compensation, objecte M. Colmet de Santerre. — Mais, en l'admettant, ne

constate-t-il pas que le demandeur reconventionnel a eu raison de l'opposer ? — Cette théorie est celle professée par MM. Larombière et Demolombe. (Demolombe, T. XXVIII, n° 691 ; Aubry et Rau, T. IV, p. 237 ; Larombière, T. III, art. 1293, n° 26.)

Jusqu'ici nous avons supposé que le débiteur de la dette liquide, créancier de la dette non liquidée, a été actionné par son créancier, et c'est alors qu'il a formé une demande reconventionnelle. S'il n'est pas actionné, il peut prendre lui-même l'initiative, et faire liquider sa créance, pour qu'elle s'éteigne par la compensation. Mais, quelque diligence qu'il emploie à ce faire, il peut arriver que son créancier cède à un tiers la créance qui lui appartient, et rende par suite la compensation impossible. Si donc le créancier cédant est insolvable, le débiteur cédé risque de tout perdre. Il y aura cependant un moyen de conjurer ce danger, si on admet la possibilité de la saisie-arrêt sur soi-même.

Quoique la Cour d'Amiens, dans un arrêt du 5 août 1826 (S. 29, 2, 216), ait repoussé cette théorie, la solution contraire l'a cependant emporté, et la pratique a fait de ce moyen une chose courante. Le débiteur de la somme non liquidée exerce, sur ce qu'il doit, le droit d'opposition qu'il exercerait sur ce que devrait un tiers à son débiteur ; et, par cette saisie-arrêt, il parvient à mettre obstacle à toute cession de la part de son débiteur.

Nous trouverons, dans les motifs d'un jugement du Tribunal civil de Lyon, la justification de cette pro-

cédure, qui peut paraître au premier abord un peu étrange.

« Considérant que les saisies-arrêts en ses propres mains, comme en mains tierces, ont toujours été en usage, et qu'aucune disposition du Code ne les prohibe ; considérant qu'on ne peut trouver cette prohibition dans les termes du Code, qui, au titre de la saisie-arrêt, ne se sert que du mot « tiers », puisque celui qui fait saisir en ses propres mains, réunit toujours deux qualités, celle de créancier et celle de débiteur, et que, en sa qualité de débiteur, il peut être considéré comme un tiers, relativement à lui-même, en sa qualité de créancier ; considérant dès lors qu'il peut sans inconvénient remplir, à son égard, toutes les formalités qu'il remplirait à l'égard d'un tiers ; considérant qu'il résulterait du système contraire de grands inconvénients, puisque, d'une part, celui qui aurait la double qualité de créancier et de débiteur, pourrait être exposé à payer sa dette liquide, sans avoir aucune mesure conservatoire pour sa créance, qui ne le serait pas, et que l'insolvabilité de son débiteur pourrait rendre illusoire ; puisque, d'autre part, un créancier de mauvaise foi pourrait céder sa créance à un tiers qui aurait droit d'en exiger le paiement du débiteur, malgré les comptes que le débiteur pourrait avoir avec son créancier primitif ; qu'ainsi, si l'on admettait que le saisissant fût incapable d'être en même temps tiers saisi, sa condition serait moins avantageuse que celle d'un étranger, ce qui ne peut être conforme à l'esprit du Code de Procédure ; considérant qu'autoriser les

saisies-arrêts sur soi-même n'est point détruire les principes sur la compensation, qui n'a lieu que pour les sommes également liquides, exigibles et dues par les mêmes personnes, mais bien laisser un gage et une ressource à celui qui n'aurait point d'autre moyen de conserver sa créance » (12 mars 1823).

Ainsi les raisons d'équité se sont jointes aux raisons de droit, en tant que la loi ne prohibe pas les saisies-arrêts sur soi-même, et à la tradition, pour inspirer aux juges du Tribunal de Lyon le jugement qui précède, jugement qui a été confirmé par la Cour de Lyon le 15 juin 1825 ; S. 26, 2, 365. (Demolombe, n° 693, T. XXVIII ; Colmet de Santerre, T. V n° 251 *bis*, IX et X.)

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Dans la stipulation, le pacte adjoint *in continenti ad augendam obligationem* fait partie du contrat, et produit l'action de ce contrat.

II. — Le pacte intervenu *in continenti ad minuendam obligationem* produit son effet *ipso jure*.

III. — Le *nauticum fœnus* est un *mutuum* régi par des règles spéciales, et, dès lors, la *condictio* était accordée tant pour le capital que pour le profit maritime.

IV. — L'action réelle est refusée à celui en faveur duquel s'est réalisée la condition résolutoire.

DROIT CIVIL

V. — La nullité qui entache la vente de la chose d'autrui n'est que relative.

VI. — L'obligation de garantie est indivisible.

VII. — Le legs fait par la femme d'un bien de communauté est nul, si le bien ne tombe pas dans le lot des héritiers.

VIII. — La nullité du contrat de mariage auquel l'un des époux n'a pas assisté, ne peut être ratifiée pendant le mariage.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

IX. — L'adoption et la tutelle doivent être refusées à un étranger à l'égard d'un Français.

X. — Le Tribunal français doit procéder à une révision complète du jugement rendu par un tribunal étranger.

XI. — Pour avoir un domicile en France, en dehors du cas prévu par l'art. 11, il faut que l'étranger ait été autorisé à s'y établir.

DROIT COMMERCIAL

XII. — Le commerçant ne peut être déclaré en faillite pour dettes purement civiles.

Vu :
Le Président de la thèse,
L. GUILLOUARD.

Vu :
Le Doyen,
EDMOND VILLEY.

Vu.
Permis d'imprimer,
Le Recteur,
E. ZÉVORT.

14717 — Caen — Typographie-Lithographie E. VALIN, 5, rue au Canu